

Università degli Studi di Napoli “Federico II”



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELLE PERSONE,
DELLE IMPRESE E DEI MERCATI
XXX CICLO**

Coordinatore Prof. ENRICO QUADRI

PENE PRIVATE E ILLECITO CIVILE

Dott.ssa Rosa Anna Capozzi

INDICE – SOMMARIO

CAPITOLO I

PREMESSE ROMANISTICHE

| | |
|---|---|
| 1. L'evoluzione delle pene private nel diritto romano. | 3 |
|---|---|

CAPITOLO II

LE PENE PRIVATE NEL NOSTRO ORDINAMENTO

| | |
|---|----|
| 2.1. L'inquadramento delle pene private nella categoria delle “sanzioni”. | 11 |
| 2.2. Le sottocategorie delle pene private. | 20 |
| 2.3. Gli incerti confini della categoria delle pene private e il piano dell'indagine | 30 |

CAPITOLO III

LE PENE PRIVATE GIUDIZIALI DA ILLECITO AQUILIANO

| | |
|---|-----|
| 3.1. Sanzioni private, responsabilità civile e risarcimento del danno. | 42 |
| 3.1.1 Il risarcimento del danno non patrimoniale | 61 |
| 3.2. I danni punitivi. | 101 |
| 3.3. Le fattispecie di restituzione del profitto ingiustificato: il disgorgement of profits. | 141 |
| 3.4. Il danno ambientale e il danno all'integrità del mercato. | 154 |
| 3.5. Le “nuove” sanzioni pecuniarie civili del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n.7. | 167 |

CAPITOLO IV

LE PENE PRIVATE GIUDIZIALI NEL PROCESSO CIVILE

| | |
|---|-----|
| 4.1. Le penali per violazione di un provvedimento giudiziale: dalle <i>astreintes</i> all'art. 614 <i>bis</i> cod. proc. civ. | 185 |
| 4.2. L'art. 709 <i>ter</i> cod. proc. civ. | 201 |
| 4.3. Pene private e abuso del processo: l'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. e le altre “sanzioni processuali”. | 215 |
| BIBLIOGRAFIA | 242 |

CAPITOLO I

PREMESSE ROMANISTICHE

1. L'evoluzione delle pene private nel diritto romano.

Le pene private nel diritto romano affondano le proprie radici nella vendetta esercitata dal gruppo cui apparteneva l'offeso contro il gruppo, o generalmente contro il capo del gruppo, cui apparteneva l'offensore. Tale reazione vendicativa non richiedeva l'intervento statale, bensì si realizzava nell'ambito dei gruppi parentali stessi, in ossequio ad una concezione della giustizia quale affare privato¹, ed era modulata solo a seconda della gravità dell'offesa².

Solo successivamente lo Stato fece il suo ingresso nel campo della repressione degli illeciti, irrogando pene che rappresentavano proprio il surrogato della *vindicta*³ a titolo di espiazione e di castigo per il male arrecato all'offeso.

Non a caso nella primissima esperienza giuridica romana la pena privata consisteva in un'afflizione corporale (riduzione in schiavitù o uccisione del

¹ Significativa, a tal proposito, è stata considerata la giurisdizione privata del *pater familias*, definito anche come *iudex domesticus* e *domesticus magistratus* (VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 18).

² Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 974, nt. 87.2. V. anche CANNATA che, nel *Profilo istituzionale del processo privato* (Torino, 1982, 24), descrive la situazione risalente alla monarchia come quella nella quale il *rex* «era un capo di comunità cittadina con poteri assai limitati: soprattutto gli interessi privati, ed in primo luogo la proprietà privata, legati a privilegi gentilizi e famigliari, erano certo al di fuori delle sue normali possibilità di intervento».

³ La pena pecuniaria doveva essere pagata proprio per evitare la *vindicta*. Cfr. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 176.

colpevole) perfettamente coerente con una concezione sostanzialmente tutta penale dell'illecito⁴.

Nel sistema predecemvirale, infatti, le azioni che rappresentavano il meccanismo di realizzazione del diritto privato, volte alla repressione degli illeciti, erano l'*actio legis per manus iniectio* e l'*actio per sacramentum*, entrambe a carattere fortemente punitivo, in quanto la prima comportava un assoggettamento fisico del colpevole, la seconda l'autoesposizione all'uccisione del colpevole⁵.

Le uniche pene private a carattere esclusivamente patrimoniale erano irrogate attraverso l'esercizio della *pignoris capio*, per le forme meno gravi di illecito⁶.

Il passaggio dalle sanzioni afflittive di natura corporale a quelle a carattere eminentemente patrimoniale inizia a delinearsi già nel sistema decemvirale, grazie all'introduzione di nuovi moduli processuali di accertamento degli illeciti⁷, nonché alla mitigazione della *manus iniectio*, attraverso la previsione della

⁴ V. ALBANESE, *Ilecito (storia)*, in *Enc. del diritto*, XXXII, Milano, 1970 e GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 10.

⁵ La parola *sacramentum* ha la stessa radice di quella della sanzione *sacer esto*, che esponeva il soggetto alla possibilità di essere *impune occisus*. La *legis actio per sacramentum*, è stata definita da GAIO *generalis*, per cui copriva ogni possibile ipotesi di contrasto di ragioni private che avesse richiesto un accertamento. Tuttavia, essa è stata affiancata in età originaria dalla *manus iniectio* che prescindeva da qualunque accertamento in contraddittorio, richiedendo un semplice controllo da parte di un organo pubblico (attraverso l'*addictio* del colpevole da parte del magistrato), a differenza della *legis actio per sacramentum*, che consisteva in un accertamento in contraddittorio. V. sul punto ALBANESE, *op. cit.*, 56, e M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 1 ss.

⁶ È discussa, tuttavia, la collocazione di tale *legis actio* nell'epoca predecemvirale.

⁷ Si tratta della *legis actio per arbitrive postulationem* e della *legis actio per condictionem*.

possibilità di salvarsi dall'afflizione corporale mediante il pagamento di una somma di denaro.

Si tratta della fase delle cosiddette “composizioni in denaro”, che la dottrina ha individuato come fase di passaggio nell’evoluzione della reazione all’illecito da quella della vendetta privata alla fase della repressione da parte dello Stato⁸.

La *patrimonializzazione* delle pene private è divenuta ancora più evidente in età postdecemvirale, in seguito alla *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a. C.⁹, che aprì la strada all’affermazione del principio della responsabilità solo patrimoniale del debitore, esteso anche al campo dei rapporti relativi di responsabilità *ex delicta*¹⁰. Tuttavia, è stato giustamente osservato dagli studiosi che con le penalità pecuniarie funzione di pena e funzione di riparazione si iniziano a confondere¹¹.

⁸ Sulla teoria che sviluppa una consecuzione a quattro tempi nel transito dalla fase della vendetta indiscriminata al risarcimento normativamente predeterminato: BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario*, Padova, 2012, 41 ss.

Le prime forme di composizione pecuniarie si ravvisano nelle XII Tavole: per l’ipotesi di *membrum ruptum*, è prevista una forma di composizione volontaria, ossia rimessa all’accordo delle parti, alternativa al taglione (“*si membrum rupsit, nicu meo pacit, talio esto*”); per i *delicta di os fractum* e *iniuria* sono previste pene pecuniarie fisse; per il *delictum di furtum nec manifestum* è prevista la condanna alla pena del doppio del valore della cosa rubata (o del triplo nelle ipotesi aggravate) così come per il furto manifesto diurno e non aggravato degli impuberi.

⁹ L’istituto del *nexum* consisteva in un adattamento del *mancipium* attraverso il quale il debitore si assoggettava al potere giuridico assoluto del creditore, fin quando un terzo non lo riscattasse, oppure lo stesso *nexus* giungesse, attraverso il proprio lavoro, ad ottenere la liberazione. La *lex Poetelia*, pur non abolendo formalmente l’istituto del *nexum*, vietò l’uso dei ceppi e ogni trattamento inumano, prevedendo che “*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*” (GUARINO, *op. ult. cit.*, 769-771).

¹⁰ Molto discusso in dottrina è il tema dell’origine dell’*obligatio*. Sul tema si contrappongono due tesi: la tesi della priorità delle obbligazioni da delitto (LUZZATTO, *Per un’ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 23 ss.;

La creazione del procedimento formulare con la generalizzazione della *condemnatio* pecuniaria ha, in seguito, rappresentato il lasciapassare per l'affermazione dell'idea di una pena pecuniaria meramente risarcitoria, legata al fenomeno della creazione pretorile della *bonorum venditio* e delle azioni (*in factum*) *in simplum*.

Tali strumenti di neutralizzazione degli illeciti, mediante una mera riparazione patrimoniale sono stati introdotti dalla giurisprudenza pretorile senz'altro sotto l'influenza dell'emanazione, agli inizi del III sec. a.C., della *Lex Aquilia de damno*¹². Questa legge, infatti, ha previsto per la prima volta la repressione dell'illecito del danneggiamento ingiusto (*damnum iniuria datum*), profilandosi l'inizio di quella evoluzione che avrebbe condotto alla configurazione, negli ordinamenti giuridici moderni, della cosiddetta responsabilità civile, quale fonte

PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *Memorie Acc. Bologna*, 1915-16; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, in BONFANTE-CRIFO' (a cura di), *Opere complete di P. Bonfante*, Milano, 1959, 191 ss.) e la tesi della priorità delle obbligazioni da contratto, perché il *delictum* divenne fonte di obbligazione solo quando si passò dall'onere del riscatto al debito della riparazione pecuniaria (BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1955-1956, 66).

¹¹ FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, rist., Roma, 1976, 143.

¹² La *bonorum venditio* soppianta l'*addictio* del debitore, sia pure nella forma già mitigata dalla *Lex Poetelia*; le *actiones in simplum* sono connesse a comportamenti riconosciuti illeciti di volta in volta dal pretore e finalizzate alla *condemnatio* al *quantum ea res est (fuerit, erit)*, con una finalità praticamente risarcitoria.

La *Lex Aquilia*, pur presentando tutti i caratteri delle azioni penali, prevede per i casi di danneggiamento materiale la *condemnatio* al *quantum plurimum in eo anno ea res fuit* (valore più alto raggiunto dall'oggetto nel corso dell'ultimo anno), emergendo, così, una connotazione risarcitoria della *poena*: ALBANESE, *op. ult. cit.*, 61 ss.

dell'obbligo di risarcire il danneggiato per un importo equivalente al pregiudizio economico subito¹³.

Tale lento passaggio verso una concezione risarcitoria della pena privata, *rectius* verso il progressivo abbandono del carattere di afflittività dell'illecito privato¹⁴, non si potrebbe comprendere a pieno se non si analizzassero i caratteri e la struttura delle cosiddette *actiones poenales*. Queste ultime, in origine, presentavano nette le caratteristiche dell'intrasmissibilità passiva, della nossalità e della cumulatività¹⁵.

L'intrasmissibilità passiva risultava coerente con la finalità di castigo della *poena*; la nossalità operava quando un illecito fosse stato commesso da un *servus* o *filius familias*, consentendo al *dominus* o al *pater* di liberarsi da ogni responsabilità consegnando il colpevole all'offeso (*ius noxae dandi*); la cumulatività consisteva, infine, nell'esclusione della ripartizione dell'*obligatio ex delicto* tra più soggetti attivi o passivi.

¹³ Gli altri *delicta* civilistici, ossia quelli dell'antico diritto quiritario, sono stati: l'*iniuria*, il *furtum* e la *rapina*. L'*iniuria* è stata probabilmente la fattispecie più antica e consisteva inizialmente nei soli atti di violenza fisica che ledessero gli interessi di un gruppo familiare (*membri ruptio, ossis fractio*), fino a ricomprendere ogni offesa arrecata all'onore nel diritto classico e postclassico (*contumelia*).

Il *furtum* consisteva nella sottrazione volontaria, ma non violenta di una cosa mobile al suo attuale detentore, anche se non proprietario.

La *rapina* era il furto commesso *hominibus armatibus coactisve*.

¹⁴ Non è affatto condivisa in dottrina la nozione di *poena* risarcitoria. Ad es. Voci, in *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, sostiene la netta distinzione tra le pene e il risarcimento, perché tendenti a due fini diversi: le prime sono rivolte essenzialmente all'afflizione del colpevole, mentre il risarcimento è un'operazione ispirata a criteri rigidamente economici con lo scopo di riportare nel patrimonio del leso quanto l'illecito ha sottratto.

¹⁵ Voci, *op. ult. cit.*, 13; GUARINO, *op. ult. cit.*, 973-974.

Tuttavia, già in epoca classica tali caratteristiche sono state attenuate di gran lunga ad opera dei pretori, per adeguarle alla funzione del risarcimento che le azioni penali avevano iniziato ad assumere¹⁶, in conseguenza della progressiva “depenalizzazione” di molte figure di illecito privato e della corrispondente tendenza alla formazione di una più ampia e specifica repressione pubblica dell’illecito.

Risale, infatti, proprio al periodo classico¹⁷ la prima distinzione tra la *poena* e la *rei persecutio*, corrispondente alla differenza tra le azioni volte all’irrogazione di una sanzione afflittiva e le azioni volte ad ottenere il controvalore di ciò che fosse dovuto all’attore.

Tale distinzione, però, non segna affatto la fine di quella generale concezione penale di tutto il diritto privato, emergente dal dato che non esiste nel diritto privato romano classico azione alcuna che non abbia o non possa avere un certo carattere penale, “*almeno nel senso di condurre a conseguenze nettamente afflittive e non solo reipersecutorie*”¹⁸. Ciò si spiega perché lo stesso termine *poena* è stato utilizzato dai classici sempre come termine generale per indicare la reazione dell’ordinamento ad un comportamento antigiuridico, quale sbocco di un giudizio, quale che esso fosse¹⁹.

¹⁶ BRASIELLO, voce *Delicta*, in *Nov. Dig. It.*, V, 1960, rist. 1981, 377 – 379.

¹⁷ Si fa riferimento ad un discusso e travagliato passo gaiano, probabile adattamento di un passo precedente di CASSIO, nel quale si legge che “*agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*” (= a volte agiamo per ottenere solo una cosa, a volte solo una pena, a volte una cosa e una pena).

¹⁸ ALBANESE, voce *Illecito*, cit., 83.

¹⁹ Non appartiene, infatti, al pensiero romano la distinzione tra pena pubblica e pena privata (v. BRASIELLO, *Pena (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1965, rist. 1985, 811).

Si deve attendere l'epoca giustiniana perché la *poena* venisse scalzata dalla *rei persecutio* nel campo dell'illecito privato e attratta nel settore del diritto pubblico²⁰, dove si registra una sempre più netta specializzazione nella repressione dei *crimina*²¹.

Lo sviluppo dei *crimina* è evidentemente legato al progressivo moltiplicarsi delle funzioni dello Stato, ma, anche in età imperiale, non fece venir meno l'importanza dei *delicta*, ossia degli illeciti privati. Molti di questi hanno trovato, infatti, in

²⁰ Nelle *Institutiones* di Giustiniano ancora si evita una generale e rigorosa contrapposizione tra azioni penali e azioni reipersecutorie, ma per mero omaggio formale ai classici, in quanto nel diritto giustiniano "*l'intero moto del settore dell'illecito penale verso l'illecito non penale, in diritto privato, e la specializzazione dell'illecito penale prevalentemente nell'ambito del diritto pubblico*" presentano una chiarezza e coerenza esemplari (v. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, cit., 86-87).

Risale a Giustiniano l'introduzione della categoria delle *actiones mixtae*, accanto alle *actiones poenales* e *reipersecutoriae*.

Le *actiones mixtae* erano intese sia all'ottenimento del controvalore della res sia a quello dell'ammenda pecuniaria, per cui il convenuto pagando l'importo della condanna si liberava tanto della responsabilità per l'illecito commesso, quanto della responsabilità per il pregiudizio patrimoniale arrecato (v. GUARINO, *op. ult. cit.*, 190).

²¹ Le *actiones poenales* erano, infatti, riservate al solo offeso e solo eccezionalmente erano estese al *quivis de populo* per quelle offese che compromettevano anche la *pax deorum*, o comunque la serenità della comunità politica in generale (si tratta delle cosidd. *actiones populares*).

Solo i *crimina* che minavano il buon funzionamento dello stato o l'equilibrio con il mondo divino erano sottoposte ad un regime di repressione pubblicistico, affidato dapprima all'autorità monarchica, poi al popolo riunito nelle assemblee comiziali per finire affidato, in epoca imperiale, nelle mani di un delegato dell'imperatore, che cumulava il potere di accusare, raccogliere le prove e giudicare (*cognitio extra ordinem*).

epoche diversi un doppione nella repressione pubblica, conservando, così, il loro rilievo civilistico con carattere eminentemente reipersecutorio²².

Nel diritto postclassico, invece, si registra una nuova confusione tra il campo dell'illecito privato e quello pubblico e il riemergere del fenomeno di un'intensa sfumatura di afflittività nel settore dell'illecito privato, tanto da gettare le basi per far assurgere la pena privata a rimedio essenziale per la repressione degli illeciti in età medievale e farle riacquistare quella duplice funzione sanzionatoria e risarcitoria, che, secondo alcuni, non solo ha conservato, ma addirittura si è rivitalizzata proprio ai nostri giorni²³.

²² Si pensi all'*actio legis Aquiliae* che ha assunto, in epoca giustiniana, un carattere prettamente risarcitorio parallelo all'introduzione della repressione *extra ordinem* di talune ipotesi di danneggiamento (VENTURINI, *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, F. D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), Milano, 1985, 22.

²³ BARATELLA, *Le pene private*, cit., 8 ss.

CAPITOLO II

LE PENE PRIVATE NEL NOSTRO ORDINAMENTO

2.1. L'inquadramento delle pene private nella categoria delle "sanzioni".

Dall'esame dell'evoluzione storica delle pene private è emersa che la progressiva attrazione della "pena" al settore pubblicistico, tanto da divenire appannaggio quasi esclusivo dell'esperienza giuspenalistica²⁴, non è riuscita mai a determinare un'assoluta "decriminalizzazione" del diritto privato, ossia la perdita di afflittività alle sanzioni apprestate per gli illeciti privati.

Eppure per lungo tempo l'affiancamento dell'aggettivo "*privata*" al termine pena risulta essere stato, da solo, «*generatore di sospetti e di foschi richiami*»²⁵, «*di reazioni istintive o umorali di diffidenza, se non di vera e propria ostilità*»²⁶.

Non a caso in dottrina, specialmente quella francese, maggiormente attratta sin dai primi decenni del '900 dal tema, vi è stato chi si è rifiutato di riconoscere la pena privata come categoria giuridica degna di essere accolta nel diritto moderno, considerandola «*un'istituzione barbarica che esalta quel che di peggiore vi è nella natura umana*» o comunque uno strumento anacronistico e senza futuro, in grado di rievocare antichi timori di un ritorno al sistema della rappresaglia, alle vendette personali e, in definitiva, alla legge del taglione²⁷.

²⁴ T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in "*Le pene private*", a cura di BUSNELLI-SCALFI, Milano, 1985.

²⁵ ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages di common law»*, in *Giur. It.*, 1985, IV, 12.

²⁶ P. CENDON, "*Pena privata e diffamazione*", in *Pol. Dir.*, 1979, 149.

²⁷ Sul tema v. la voce "*Pena Privata*" di E. MOSCATI (in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1972, 771) che in particolare alla nt. 10 richiama approfonditamente gli Autori francesi e

Da ciò si spiega perché per lungo tempo non sia stato mai adeguatamente approfondito il tema dell'esistenza di pene private nel nostro ordinamento, discutendosene al massimo «*con pudore, sottovoce ed in punta di piedi, e quasi sempre indirettamente*»²⁸ e solo a partire dagli inizi degli anni '80 la dottrina italiana abbia posto le basi per una «*riscoperta delle pene private*»²⁹, in netto ritardo rispetto al fervore di ricerche dottrinali e di esperienze giurisprudenziali estere.

Solo «depurando» tali rimedi sanzionatori privatistici dalle scorie del passato, dagli aspetti legati alle età ingenua e primitive del diritto, è stato possibile cogliere la funzionalità degli stessi alle più recenti necessità di garantire l'effettività della tutela di libertà fondamentali dell'individuo³⁰, quale obiettivo primario degli ordinamenti moderni.

Tale «*riscoperta*» è passata, quindi, per l'acquisizione della consapevolezza del ruolo integrativo svolto dalle pene private nel sistema della tutela dei diritti predisposti dall'ordinamento, al fine di garantire l'attuazione contestuale

tedeschi che, sin dall'inizio del '900 hanno approfondito il tema della pena privata: L. HUGUENEY, DEMORGUE, STARCK in Francia, e GROSSFELD e STOLL Hans in Germania. Anche chi, come P. CENDON - in "*Pena privata e diffamazione*", cit.- ha iniziato in dottrina a sostenere l'esistenza di pene private nel nostro ordinamento, ha ammesso che la pena privata giunge alle nostre orecchie «*carica anche di echi culturali effettivamente sgradevoli*».

²⁸ E. MOSCATI, *Pena privata*, op. ult. cit., 771.

²⁹ L'espressione è tratta dal titolo del contributo di F.D. BUSNELLI nel volume "*Le pene private*", Milano, 1985.

³⁰ Così già negli anni '80 rifletteva F. BRICOLA, ne *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private* (a cura di) F. D. BUSNELLI- G. SCALFI, Milano, 1985, 28.

dell'interesse pubblico del raggiungimento del “*fine giustizia*”³¹, ma senza quel connotato di esclusività proprio dei sistemi giuridici meno evoluti, bensì come «*strumento sussidiario, se non residuale*»³² per la tutela dell'interesse generale.

Vi è chi ha parlato di vera e propria “*complementarietà tra diritto civile e diritto penale nella produzione di giustizia*”, già da tempo prefigurata allo scopo di ridimensionare il tradizionale dogma del monopolio dell'azione pubblica sulla cura dell'interesse generale e sulla correlata potestà punitiva e deterrente³³, proprio perché, nel caso di illeciti di particolare gravità, in quanto lesivi di diritti costituzionalmente garantiti, verrebbero coinvolti sia l'interesse generale della collettività alla tutela dell'ordine pubblico, sia l'interesse particolare del privato offeso dall'illecito.

Attraverso rimedi sanzionatori privatistici si garantirebbe, infatti, un *enforcement* privato di diritti di rilievo costituzionale, basato sull'iniziativa del singolo, che si affianca al tradizionale *public enforcement*, basato sull'iniziativa dello Stato o di altri soggetti pubblici per l'irrogazione di sanzioni penali o amministrative³⁴.

³¹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2002, 797, che sostengono che la riparazione civile del danno sarebbe in qualche modo, se non una “vera e propria sanzione penale”, quantomeno «*un istituto di collaborazione, dato che coadiuva il raggiungimento del fine giustizia che è proprio dell'ordinamento*».

³² A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 315; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 188.

³³ F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 353.

³⁴ Di recente è stato, però, sottolineato dalla dottrina, sia pure con riferimento specifico al settore della concorrenza nel mercato, che «*gli ordinamenti giuridici europei sono ancora caratterizzati da una netta prevalenza del public enforcement rispetto al private enforcement: le azioni di risarcimento intraprese davanti al giudice ordinario continuano ad essere minoritarie rispetto al ricorso che ad esse è fatto in altri Paesi, in particolare negli Stati Uniti [...]* Come ho detto in altre occasioni, non esiste un trade-off tra private e public enforcement quanto piuttosto un ruolo di complementarità tra questi due strumenti: l'enforcement è uno solo, che si articola in

Tuttavia, l'individuazione di rimedi sanzionatori privatistici nel nostro ordinamento non è risultata agevole, così come a causa dell'estrema varietà delle fattispecie, sia nel codice civile sia nella legislazione speciale, non è apparso affatto chiaro lo stesso significato e la portata della categoria delle "pene private".

Attraverso la presente ricerca, pertanto, si intende provare ad individuare gli elementi strutturali di tale discussa categoria per stabilire in via deduttiva quali istituti vi rientrino, piuttosto che utilizzarla come un «comodo punto di riferimento per quelle figure che non si riesce a spiegare in modo più soddisfacente»³⁵.

Si è consapevoli che il tentativo di ricostruzione della categoria delle pene private è stato considerato da alcuni Autori arduo o comunque eccessivamente ambizioso, dato l'ampio numero di fattispecie legali e giurisprudenziali nelle quali è stata individuata la funzione punitiva del diritto privato, tanto da dover accontentarsi di un'eccessiva generalizzazione priva di concreta utilità³⁶.

Cionondimeno, l'approdo alla concezione secondo cui il territorio della pena privata non sia un regno assoluto, ma una «confederazione di sottoinsiemi distinti» e che non si possano «fondere tutti i frammenti che si incontrano entro uno stampo unitario e ben preciso»³⁷, non sembra rendere affatto inutile lo sforzo di individuazione degli elementi costitutivi comuni delle fattispecie privatistiche di natura sanzionatoria, al fine di poter rispondere, in chiave sistematica, ai quesiti relativi ai rapporti tra i limiti di operatività di tali sanzioni con i valori

private e public enforcement, tra loro complementari, non contrapposti» (R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Industriale*, 2016, 4, 314).

³⁵ E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, 771.

³⁶ Così F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 61.

³⁷ P.CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F. D. BUSNELLI - G. SCALFI, *cit.*, 296.

fondamentali del nostro ordinamento e alla sussistenza di «*possibili titoli di legittimazione*» delle sanzioni civili punitive al di là delle singole ipotesi normativamente o giudizialmente definite³⁸.

Ebbene, quale punto pacifico di partenza della ricerca potrebbe essere preso quello dell'appartenenza delle pene private alla più ampia categoria delle sanzioni che abbraccia tutte quelle misure «*predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente porre rimedio agli effetti dell'inosservanza*», ossia, in altri termini, per garantire la propria conservazione³⁹.

³⁸ F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?», in Le pene private, cit.*, 9. Sul rapporto tra categorie giuridiche e metodo sistematico si veda ora N. LIPARI, il quale sostiene che l'indebolimento delle più classiche categorie del diritto civile, a causa del tramonto di un contesto assiologicamente omogeneo, ha costituito il riflesso della progressiva messa in discussione del cd. metodo sistematico. Da ciò ne deriva che «*quella sistematica, che in un contesto di tipo ordinamentale, costituiva un tempo il presupposto di ogni ragionamento in chiave giuridica, si prospetta oggi come un potenziale punto di arrivo [...]. La categoria, anziché essere un preconfezionato ambito entro il quale ricondurre e classificare i fatti dell'esperienza, riassume la sua genuina funzione di strumento operativo, forgiato dall'interprete, in termini sempre elastici e variabili, per meglio intendere gli accadimenti mediando la distanza tra la generalità della norma e la specialità di ogni caso concreto*» (*Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 32).

³⁹ N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nov.Dig. It.*, XVI, Torino, 1963, rist. 1980, 531; ID., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 221 ss.

Sul concetto di sanzione si veda anche HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad.it. di COTTA-TREVES, Milano, 1954, 50 ss.; ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1 ss.; BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, *Riv. dir. civ.*, 1956, 901 ss.; AMBROSETTI, *La sanzione come testimonianza di valore*, in *Arch. Giur.*, 1979, 3 ss.

Ciò risulterebbe evidente da una delle prime e compiute definizioni delle pene private risalente al 1951, quando Thon, nelle sue indagini di teoria generale del diritto, scriveva che le pene private consistono nella privazione di un diritto privato o costituzione di un'obbligazione di diritto privato a scopo di punizione per il trasgressore di una norma di legge e ciò non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà per lo più colui che dal delitto è stato leso⁴⁰.

Dunque, si tratterebbe di un male che viene inflitto ad un soggetto nel caso in cui si sia verificata la trasgressione di una norma di legge sicché, secondo la completa ed autorevole ricostruzione di Bobbio⁴¹, le pene private dovrebbero rientrare nella *species* delle sanzioni “successive”, che si distinguono, a loro volta, in punitive o riparative.

Sebbene tali sanzioni successive siano indubbiamente le più rilevanti sotto il profilo qualitativo e quantitativo, non si perderà, tuttavia, l'occasione di includere nella categoria delle pene private anche sanzioni di tipo “preventivo”, vigendo nel nostro ordinamento disposizioni che prevedono peculiari sanzioni private irrogabili proprio per impedire la violazione di una norma di legge o di un *dictum* giudiziale, attraverso un meccanismo di coartazione della volontà del privato.

Dall'esame degli strumenti sanzionatori concretamente predisposti risulta oltretutto evidente che tali distinzioni all'interno della categoria non potrebbero

⁴⁰ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, I, trad.it. con annotazioni di A. LEVI, Padova, 1951, 35.

⁴¹ BOBBIO, *op. ult. cit.*, *passim*, che chiarisce che le sanzioni possono essere di due specie, preventive o successive, a seconda se vengono irrogate prima che la violazione di una norma, soltanto temuta, si sia verificata o quando la violazione è ormai avvenuta. Le

essere considerate rigide, in quanto «non è escluso che una stessa misura cumuli i due caratteri: una misura di controllo può avere una funzione scoraggiante, così come una riparazione può avere anche una funzione punitiva»⁴².

La commistione di più caratteri all'interno di una medesima misura sanzionatoria maggiormente discussa in dottrina è quella tra carattere riparatorio e carattere punitivo.

A fronte di chi ritiene che le due funzioni in pratica spesso si sovrapporrebbero, tanto che nella sanzione riparatoria per eccellenza, rappresentata dal risarcimento del danno risulterebbe spesso difficile stabilire «dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione»⁴³, vi è chi, invece, distingue nettamente le sanzioni punitive dalle sanzioni restitutorie e dalle sanzioni risarcitorie, per finalità e caratteristiche.

Le sanzioni restitutorie e risarcitorie consisterebbero, infatti, essenzialmente nel ripristino della situazione giuridica antecedente alla commissione dell'illecito, in via diretta o per equivalente monetario, mentre le sanzioni punitive colpirebbero il responsabile in un bene diverso da quello offeso e che non è in alcun rapporto funzionale con esso, perseguendo funzioni di prevenzione generale e speciale⁴⁴.

sanzioni preventive possono consistere in mezzi di controllo, di vigilanza o di scoraggiamento, mentre quelle successive possono essere riparative o punitive.

⁴² BOBBIO, *op. ult. cit.*, 531.

⁴³ BOBBIO, *op. ult. cit.*, 534. V. anche E. MOSCATI, il quale nella sua voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 782, richiama l'osservazione di GROSSFELD secondo la quale pena e risarcimento non apparterrebbero a "generi" diversi, presentando, anzi, una serie di elementi comuni: entrambi sarebbero mezzi di reazione contro il torto e tenderebbero a "riaffermare il diritto violato".

⁴⁴ PONZANELLI, voce *Pena Privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990.

Altra parte della dottrina ha addirittura negato l'appartenenza a monte del rimedio risarcitorio alla categoria delle sanzioni, in quanto la stessa funzione riparatoria del risarcimento «*non ha nulla a che fare con quella che caratterizza le sanzioni*»⁴⁵.

L'incompatibilità del risarcimento con la categoria delle sanzioni troverebbe le sue basi già solo nella diversità dei rispettivi principi regolatori: il principio indennitario o compensativo per il risarcimento a fronte del principio della general-prevenzione o deterrenza per le sanzioni.

Sulla qualificabilità del risarcimento del danno come “*sanzione*” in senso tecnico, il dibattito risulta ancora aperto e può condurre ad esiti diametralmente opposti se

Cfr. anche la definizione di “pena” di un'autorevole dottrina penalistica, intesa come la limitazione dei diritti del soggetto quale conseguenza della violazione di un obbligo, che è comminata per impedire tale violazione e ha carattere eterogeneo rispetto al contenuto dell'obbligo stesso (così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 722).

⁴⁵ W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, estratto 1939. Questi ha sostenuto che «*Alla base dell'idea di sanzione si trova (...) quella di giustizia, “Fare giustizia” significa, per lo Stato, precisamente applicare una sanzione. (...) [U]na volta che l'impero della giustizia è ristabilito mediante la sanzione civile o penale, può essere ancora necessario provvedere alla conseguenza dell'ingiustizia o del torto, a quelle conseguenze che sono rimediabili: tale è il compito del risarcimento*» (pag. 151). Si tratta di una convinzione che risale addirittura a H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1990, 147). Al contrario T. PADOVANI, nella «*Lectio brevis*» sulla sanzione, in *Le pene private*, cit., ha riconosciuto le sanzioni risarcitorie quale «*sottospecie particolarmente importante di sanzioni restitutorie*».

Si veda anche C.M. BIANCA, *La responsabilità civile*, V, Milano, 1994, 532, che identifica l'obbligo di risarcimento del danno nella fondamentale “*sanzione*” della responsabilità extracontrattuale, senza che al termine “*sanzione*” venga attribuito un significato punitivo.

al termine sanzione si attribuisca una funzione intimidatoria ed afflittiva o meno. Ciò per la preminente ragione che lo studio delle funzioni del risarcimento del danno risente senz'altro dell'influenza dell'ancora più annosa disputa sulla funzione della responsabilità civile nel nostro ordinamento⁴⁶.

Tale influenza si spiega in considerazione del dato che il risarcimento costituisce la reazione tipica dell'illecito civile nel nostro ordinamento, sicché al risarcimento del danno sono state sempre attribuite le medesime funzioni che di volta in volta assegnate alla responsabilità civile⁴⁷, come se si potesse perfettamente sovrapporre l'area dell'illecito a quella del danno risarcibile⁴⁸.

Si vedrà in seguito, invece, che le due aree non sono affatto sovrapponibili ma che i tempi sono ormai maturi per riconoscere l'esistenza nel nostro ordinamento di nuovi rimedi a carattere non risarcitorio rientranti comunque nel sistema della reazione all'illecito civile ai quali conferire una dignità giuridica mediante la loro riconduzione alla categoria delle pene private.

Si analizzeranno, quindi, gli elementi caratterizzanti tali rimedi non risarcitori per poter così distinguerli dalla tecnica risarcitoria anche quando quest'ultima si presta al perseguimento di fini ulteriori a quello compensativo.

⁴⁶ V. lo sviluppo del tema sui rapporti tra sanzioni private, responsabilità civile e risarcimento del danno, *infra*, cap. III.

⁴⁷ V. P.G. MONATERI – G.M.D. ARNONE – N. CALCAGNO, Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta, Torino, 2014, 57, evidenziano che la responsabilità civile ha «da sempre corso su più cavalli, metafore di altrettante funzioni della responsabilità extracontrattuale, dovendosi quindi propendere per la coesistenza di più scopi e sistemi risarcitori a seconda della policy sociale perseguita nel dato tempo».

⁴⁸ In tempi risalenti CARNELUTTI sostenne che il danno costituisce un presupposto essenziale dell'illecito civile affinché scatti la reazione ordinamentale della sua

Per una corretta impostazione del tema, si è ritenuto opportuno prima passare in rassegna tutte le diverse fattispecie che la dottrina e la giurisprudenza, sulla base del dato positivo in continua evoluzione, hanno ricondotto all'ampia categoria delle pene private tanto da dover necessariamente ripartirle in tre "sottocategorie", per lo più distinte sulla base della loro fonte di provenienza.

L'esame delle sottocategorie delle pene private non potrebbe non essere, infatti, preliminare a qualsiasi ricerca che abbia come obiettivo quello di individuare con quali modalità gli strumenti civilistici possano essere piegati al perseguimento di una finalità deterrente e punitiva, tradizionalmente lasciata al diritto penale.

La trattazione sarà, tuttavia, ristretta alla sola sottocategoria delle "*pene private giudiziali*" proprio perché si tratta della sottocategoria che meglio di ogni altra pare svolgere una funzione deterrente e punitiva all'interno del nostro sistema in un'ottica che trascende l'interesse del singolo, finendo, così, per tutelare anche l'interesse generale della collettività.

Una sottocategoria, questa, che appare peraltro in continua evoluzione grazie alle innovazioni legislative, nonché alla maturazione della riflessione della giurisprudenza e della dottrina sul tema del ruolo della pena nel diritto privato.

2.2. Le sottocategorie delle pene private.

Prima di restringere la ricerca alle sole pene giudiziali, si deve dar conto del "fermento" dottrinale creatosi intorno alla questione relativa a quali rimedi e

riparazione (*Il danno e il reato*, Padova, 1925, 12). Per lo sviluppo del tema, v. *infra* cap. III.

tutele predisposte dall'ordinamento in caso di violazione delle proprie norme possano ricevere la qualifica di sanzioni o pene private⁴⁹.

Prendendo le mosse da una definizione piuttosto elastica delle pene private sulla quale si è registrata un tendenziale consenso da parte della dottrina nostrana⁵⁰, le pene private potrebbero essere definite, almeno in via di prima approssimazione, quali sanzioni civili punitive di carattere pecuniario con funzione di prevenzione o di repressione-punizione, poste essenzialmente a tutela di interessi privati.

Si tratta, evidentemente, di una definizione talmente ampia da ricomprendere anche le ipotesi nelle quali eccezionalmente l'ordinamento attribuisce direttamente ai privati il potere di infliggere una pena ad un altro soggetto, in spregio del principio di parità tra privati, o di eguaglianza reciproca⁵¹.

⁴⁹ Non è mancato in dottrina, infatti, chi ha messo in discussione la stessa esistenza di un concetto giuridico rigoroso di sanzione: E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 1 ss.

⁵⁰ Si vedano, a titolo esemplificativo, le seguenti voci enciclopediche: C. CICERO, *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civ., agg. VIII, Torino, 2013, 488 ss.; E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1995, 349 ss.; G. PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.

⁵¹ Sul principio di eguaglianza nel diritto privato si veda la fondamentale monografia di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 5 ss., nella quale è affermato, in particolare, che «*Il problema dell'eguaglianza è stato infatti inteso come configurabilità di una pretesa di uniformità di trattamento quanto meno nell'ambito delle comunità private*», ma non meno rilevante è l'esigenza alla quale risponde l'eguaglianza come parità reciproca che è «*quella della pari autonomia dei privati ossia del non assoggettamento dell'altrui potere autoritario*», infatti, la «*lettera del testo costituzionale (art. 3) non esclude questa efficacia perché "davanti alla legge" può ormai significare non solo la preclusione di diseguaglianze di fronte allo Stato ma, più in generale, la preclusione di diseguaglianze giuridiche*»

Molto diffusa in dottrina è la distinzione delle pene private in tre sottocategorie, a seconda della fonte o del meccanismo di applicazione: pene private negoziali, pene private legislative (o legali) e pene private giudiziali⁵².

Le pene private negoziali⁵³ sarebbero tutte quelle riconducibili in qualche modo all'autonomia privata delle parti e di tale sottocategoria l'istituto che maggiormente ne rappresenterebbe l'archetipo è la clausola penale⁵⁴.

⁵² GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 33.

⁵³ Le pene convenzionali trovano la loro origine già nel diritto greco e nei papiri ellenistici (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983, 404, nt. 1). Nel diritto romano essa assumeva le forme della *stipulatio poenae*, del legato penale e della clausola penale tutelato dai *iudicia bonae fidei* (A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Napoli, 1991, 24-27).

⁵⁴ Si è detto che «*clausola penale e pena privata hanno avuto vite parallele finendo per condizionarsi reciprocamente, tanto è vero che il rinnovato interesse per lo schema della clausola penale ha coinciso con il rilancio della problematica della pena privata*» (E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, cit., 236). La clausola penale è stata, infatti, individuata dai sostenitori delle pene private quale esempio in cui si sarebbe esplicitata la volontà del legislatore di non ostracizzare l'idea stessa della pena privata dal sistema del diritto positivo. Attraverso la tipizzazione dello schema sanzionatorio previsto dalla clausola penale, il legislatore avrebbe, quindi, ammessa liceità e meritevolezza del potere punitivo dei privati sul piano dei rapporti sociali (A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 10).

F.P. PATTI (nel *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 55) sostiene, però, che «*non appare corretto attribuire eccessiva rilevanza al ruolo della clausola penale nel recente processo (o tentativo) di "riscoperta delle pene private"* [...]», attribuendo maggiormente alle riflessioni sulla funzione del risarcimento del danno nell'ambito dei diritti della personalità il rinnovato interesse per la materia delle pene private.

Per la costruzione della clausola penale in chiave sanzionatoria si vedano: M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; Id., voce *Clausola penale*, in *Nss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, ID., voce *Clausola penale*, in

Oltre alla clausola penale, che costituirebbe un tipico esempio legislativo di ammissione nel nostro ordinamento di istituti privatistici con funzione sanzionatoria, si è discusso in dottrina sulla ammissibilità del potere dei privati di stipulare clausole contrattuali con le quali stabilire un regime risarcitorio diverso da quello legale in chiave affittiva, ovvero che si discostino dallo schema predisposto dall'art. 1382 cod. civ.⁵⁵

È stato detto, inoltre, che le pene private convenzionali possono trovare la loro fonte non solo in un atto negoziale bilaterale, come le clausole contrattuali, bensì anche in atti unilaterali, come le disposizioni testamentarie⁵⁶.

Si tratta di quelle disposizioni con le quali il testatore pone a carico dell'erede o del legatario inadempienti una certa prestazione a favore di un determinato

Enc. Giur., VI, Roma, 1988; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 901 ss.

⁵⁵ Si tratta del tema vertente sui rapporti tra autonomia negoziale e potestà punitiva. Contrario a ad aperture sanzionatorie dell'autonomia negoziale dei privati è A. MARINI, che ne *La clausola penale, cit.*, sostiene l'inderogabilità sia dello schema tipico della clausola penale disciplinato dal legislatore, sia delle norme in materia di risarcimento del danno. In particolare, l'inderogabilità della disciplina in materia di risarcimento del danno discenderebbe proprio dalla sua natura sanzionatoria. A favore del riconoscimento dell'autonomia contrattuale nel campo *de quo* è, invece, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 69 ss.

Un esempio di sanzione di fonte negoziale riconducibile allo schema della clausola penale per il ritardo è la determinazione convenzionale di un tasso di interessi a carico del debitore moroso, sostitutiva dell'ordinario rimedio risarcitorio e volta a tutelare il creditore (M. G. BARATTELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 46 ss.).

⁵⁶ Per i riferimenti romanistici alle disposizioni testamentarie *poenae nomine* si veda la ricca bibliografia riportata da A. D. CANDIAN, *Testamento e pena civile*, ne *Le pene private, cit.*, 196, nt. 4.

soggetto, purché non si risolva in una condizione impossibile o illecita, o di un mezzo per il testatore per sottrarsi all'osservanza di norme di ordine pubblico⁵⁷.

Rientrerebbero tra le pene private negoziali anche tutte quelle misure sanzionatorie predisposte dai privati nell'ampio settore delle relazioni esistenti tra gruppi, personificati o non, e che sono espressione di un potere disciplinare endoassociativo.

Le misure sanzionatorie in questione sono tradizionalmente distinte in quelle che comportano l'esclusione del socio/associato, o le sospensioni e privazioni di diritti, nonché nelle sanzioni pecuniarie e nelle pene cosiddette morali (es. ammonizioni)⁵⁸.

Molto discusso in dottrina è stato il fondamento dell'autorità di tali gruppi e della corrispondente soggezione dei partecipanti al loro potere sanzionatorio e/o disciplinare. Autorevoli esponenti della dottrina hanno addirittura negato qualsivoglia fondamento al potere *de quo* delle "autorità private", in nome del principio di eguaglianza reciproca, quale principio imperativo direttamente operante nei rapporti di diritto privato⁵⁹.

⁵⁷ La nota e storica definizione, fornita da M. ANDREOLI (ne *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 331), secondo la quale le disposizioni testamentarie a titolo di pena sarebbero quelle con le quali «*il testatore si propone di esercitare una pressione psicologica sull'erede [...] o sul legatario, per indurli all'adempimento di una particolare volontà [...] dietro comminatoria [...] di un determinato svantaggio patrimoniale*» è stata considerata eccessivamente ampia (v. E. MOSCATI, voce *Pena privata*, cit., 775).

⁵⁸ RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 208 ss.

⁵⁹ «*Il principio non preclude [...] all'individuo di rimettere ad altri il potere di decidere riguardo a situazioni o attività che non siano di suo esclusivo interesse. [...] Ma il conferimento del singolo deve riguardare pur sempre oggetti disponibili e determinati. [...] Un conferimento che assoggettasse genericamente alla competenza del gruppo*

Da ciò deriverebbe che la più diffusa misura sanzionatoria di espulsione di un associato dal gruppo non genera problemi di sorta in quanto non potrebbe essere qualificata quale sanzione disciplinare in funzione afflittiva, bensì come «*una sanzione tutelativa in funzione dell'interesse dell'associazione a non proseguire il rapporto con l'associato*»⁶⁰, rientrante nella categoria delle misure di autotutela⁶¹. Altri hanno ravvisato il fondamento della potestà sanzionatoria nello stesso impulso dal quale trae origine il potere giudiziario nelle comunità statali, trattandosi di ordinamenti giuridici autonomi⁶², ovvero nella stessa necessità di funzionamento del gruppo.

attività patrimoniali o personali si tradurrebbe in una menomazione del singolo nei confronti della potestà del gruppo e pertanto in una violazione di tale principio». Così C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 18-19.

⁶⁰ Così C.M. BIANCA, *op.ult.cit.*, 25.

⁶¹ Dello stesso avviso è V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages di common law»*, cit., 13, il quale sostiene che «*qualità di pena privata potrebbe essere riconosciuta solo a quelle sanzioni di grado inferiore all'esclusione del socio, come i richiami, le multe, le sospensioni: in questi casi, infatti, il socio appare subire una vera e propria diminutio capitis*».

⁶² La tesi affonda evidentemente le sue radici nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, impostata nelle sue linee fondamentali dallo storico lavoro di S. ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951). Sostenitori di tale tesi, in dottrina, sono stati P. RESCIGNO (*La giustizia interna nelle associazioni private*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 122) e V. ZENO-ZENCOVICH (*op.ult.cit.*, 14), il quale parla dell'ordinamento privato quale ordinamento che, sia pur in scala ridotta, riproduce «*con mimesi imperfetta organizzazione, procedimenti deliberativi e sanzionatori, strumenti riparatori e punitivi*».

Ma la tesi senz'altro più diffusa è quella che fonda il potere sanzionatorio nei confronti degli associati sul piano contrattuale⁶³, nel senso che, con la stipula del contratto associativo, gli associati conferirebbero al gruppo il potere di prevedere ed irrogare sanzioni.

Di fonte contrattuale sarebbero anche i poteri sanzionatori del datore di lavoro all'interno dell'impresa, essendo fondati, in particolare, sulla contrattazione collettiva, come luogo nel quale si realizza il principio di parità reciproca con i lavoratori⁶⁴.

Le pene private legali dovrebbero essere, invece, tutte quelle sanzioni civili, non necessariamente consistenti in prestazioni di carattere patrimoniale, previste direttamente dal legislatore a fronte di condotte antigiuridiche e che non richiedono la cooperazione delle istituzioni repressive statali.

Significativi esempi di tale sottocategoria sono state considerate le discipline speciali degli interessi moratori di cui all'art. 5 d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231 (in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali)⁶⁵, nonché la disciplina dei pagamenti

⁶³ *Ex multis* si vedano RUBINO, *Le associazioni non riconosciute, cit.*, 220; LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 240-242; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del cod. civ.*, I, 1976, sub artt. 36-38.

⁶⁴ C.M. BIANCA sostiene fermamente che le sanzioni disciplinari non possono dipendere da un «*potere personale di determinazione e di giudizio dell'imprenditore, ma deve piuttosto essere affidata agli accordi collettivi e all'accertamento degli organismi aziendali*» (*op.ult.cit.*, 36).

⁶⁵ Sul punto E. QUADRI, *Interessi legali e "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, (in *Corr. Giur.*, 2009, 997) che sostiene che «*la valutazione in una prospettiva "preventivo-dissuasiva", se non addirittura "punitiva", del sistema risarcitorio introdotto con l' art. 5 del decreto legislativo n. 231 del 2002, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (con la relativa ricaduta in tema di*

mediante assegni scoperti, con particolare riguardo alla previsione di una clausola penale in caso di mancato pagamento dell'assegno presentato in tempo utile per l'incasso (art. 3, l. 15 dicembre 1990, n. 386)⁶⁶.

subfornitura, ai sensi dell'art. 10 del medesimo provvedimento)» è stata «quasi obbligat[a], in presenza di una maggiorazione di ben sette punti percentuali del saggio assunto come base (il "saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione")». In tal senso «depone esplicitamente la Direttiva 2000/35/CE, alla base del ricordato provvedimento, col ragionare in termini di necessaria introduzione di "conseguenze dissuasive" degli inadempimenti cui la normativa si riferisce».

In realtà, gli stessi interessi moratori disciplinati dall'art. 1224, comma I, cod. civ. sono stati considerati tali da avere funzione sanzionatoria, in quanto dovuti nella misura del tasso legale anche se non erano dovuti precedentemente ed anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno, alla stessa stregua di una clausola penale convenuta per il ritardo formalizzato dalla costituzione in mora del debitore (così ad es. A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 54 e MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger e Busnelli*, Milano, 1999, 234; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, 1984, 913).

Contra chi, in dottrina, ha sostenuto la funzione risarcitoria degli interessi moratori legali, in considerazione della naturale produttività del denaro e del ristoro di quel danno minimo necessariamente conseguente al tardivo adempimento dell'obbligazione pecuniaria (ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 581; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, 525).

⁶⁶ L'art. 3 cit. recita, infatti: «*Nei casi previsti dall'articolo 2 [Emissione di assegno senza provvista] il mancato pagamento, anche solo parziale, dell'assegno bancario presentato in tempo utile obbliga l'emittente a corrispondere al prenditore o al giratario che agisce nei suoi confronti per il pagamento del titolo una penale pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata.*

L'assegno bancario ha gli effetti di titolo esecutivo anche per la somma rappresentante la penale.»

Nell'ambito della disciplina speciale per le locazioni, in materia di locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo, l'art. 31, L. 27.7.1978 n. 392, pone a carico del locatore, che abbia abusivamente esercitato la facoltà di diniego della rinnovazione del contratto alla prima scadenza, il pagamento di una somma di denaro o il ripristino degli effetti del contratto, con una finalità chiaramente sanzionatoria emergente anche dalla rubrica della norma⁶⁷.

Per le locazioni di immobili urbani ad uso abitativo, invece, è previsto dall'art. 3 L. 9.12.1998, n. 431, che il locatore che abbia illegittimamente esercitato la facoltà di disdetta, ha l'obbligo di corrispondere al conduttore una somma non

Sulla natura di rimedio ultracompensativo in funzione deterrente di tale intervento legislativo si veda F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 333 ss.

⁶⁷ La norma in parola è, infatti, rubricata "Sanzioni" e prevede che: «Il locatore che abbia ottenuto la disponibilità dell'immobile per uno dei motivi previsti dall'art. 29 e che, nel termine di sei mesi dall'avvenuta consegna, non abbia adibito l'immobile ad abitazione propria, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado in linea retta, o non abbia adibito l'immobile ad esercizio in proprio di una delle attività indicate all'art. 27, ovvero non abbia rispettato i termini della concessione o quelli del piano comunale di intervento per quanto attiene l'inizio dei lavori di demolizione, ricostruzione, ristrutturazione o restauro dell'immobile ovvero, in caso di immobili adibiti ad esercizio di albergo, pensione o locanda, non abbia completato i lavori di ricostruzione nel termine stabilito dal Ministero del turismo e dello spettacolo, è tenuto, se il conduttore lo richiede, al ripristino del contratto, salvi i diritti acquistati da terzi in buona fede, e al rimborso delle spese di trasloco e degli altri oneri sopportati, ovvero al risarcimento del danno nei confronti del conduttore in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione percepito prima della risoluzione del contratto, oltre alle indennità previste ai sensi dell'art. 34. Il giudice, oltre a determinare il ripristino o il risarcimento del danno, ordina al locatore il pagamento di una somma da L. 500.000 a L. 2.000.000 da devolvere al comune nel cui territorio è sito l'immobile, ad integrazione del fondo sociale previsto dal titolo III della presente legge».

inferiore a trentasei mensilità del canone corrente, o, in alternativa, il ripristino del contratto disdettato⁶⁸.

A ben vedere, peraltro, è diffusa in dottrina l'idea che di pene legali sia già pieno il codice del 1942. In ambito successorio si annoverano l'istituto dell'indegnità (art. 463 cod. civ.)⁶⁹ e della decadenza dell'erede dal beneficio di inventario per omessa denuncia di beni appartenenti all'eredità, ovvero per la simulazione di passività inesistenti (art. 494 cod. civ.), nonché nel campo delle obbligazioni la decadenza del debitore insolvente o che abbia diminuito le garanzie dal beneficio del termine (art. 1186 cod. civ.)⁷⁰.

Le pene giudiziali sarebbero, infine, quelle che per essere applicate necessitano del filtro giudiziale, tendenzialmente su iniziativa del privato danneggiato o esposto⁷¹, le uniche che avrebbero in sé un connotato pubblicistico.

Le sanzioni civili punitive, appartenenti alla sottocategoria delle pene giudiziali, rappresenterebbero, infatti, quell'alternativa di tutela alle sanzioni punitive penali e alle sanzioni punitive amministrative per interessi privati, condividendo con queste ultime due categorie di sanzioni il meccanismo applicativo.

⁶⁸ Si tratta evidentemente di un'altra ipotesi di penale di fonte legale, in quanto del tutto svincolata dalla prova del danno patito dal conduttore, oltre ad essere di un ammontare minimo normativamente predefinito, integrando un rimedio sanzionatorio più grave di quello omologo operante in materia di locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo (così BARATTELLA, *Le pene private*, cit., 72).

⁶⁹ È discusso, tuttavia, se l'indegnità comporti un'esclusione automatica dall'eredità o richieda comunque una pronuncia giudiziale, facendo così rifluire tale istituto nella sottocategoria delle pene private giudiziali (cfr. MOSCATI, voce *Pena privata*, cit., 778)

⁷⁰ Per un elenco completo delle ipotesi codicistiche di pene private legali si veda MOSCATI, voce *Pena privata*, cit., 778 ss. e CICERO, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. VIII, Torino, 2013, 488 ss.

⁷¹ BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private*, cit., 31.

Il tradizionale campo di studio delle sanzioni civili giudiziali è stato senz'altro quello dell'illecito civile, soprattutto in seguito all'espansione della stessa nel settore della tutela della persona e dei diritti della personalità, dove si è manifestata l'insufficienza della “*sanzioni civilistica tipica*”⁷² del risarcimento del danno per equivalente e sono state, pertanto, avanzate proposte in ordine all'introduzione di nuove sanzioni civili, «*con il ruolo di sanzioni intermedie tra quelle penali in senso stretto ed il mero risarcimento del danno*»⁷³.

2.3. Gli incerti confini della categoria delle pene private e il piano dell'indagine.

L'eccessiva ampiezza dell'area delle pene private ha indotto la dottrina a restringere i confini della categoria, affinché la stessa possa assumere i tratti di una categoria operativa e non meramente descrittiva.

Tali confini sono stati tracciati a partire dall'individuazione delle tre sottocategorie delle pene private appena illustrate, ma la loro evidente differenza strutturale ha scoraggiato gli interpreti in punto di riconducibilità delle stesse ad un unico *genus*, ritenendo, altrimenti, di doversi accontentare di quell'eccessiva generalizzazione priva di concreta utilità paventata da una parte della dottrina⁷⁴.

⁷² L'espressione è di C. DONISI, che ha sostenuto la “*depatrimonializzazione del diritto privato*” con l'emersione del primato della persona umana, sicchè al diritto privato «*non si affida più soltanto il compito, tradizionale ma pur sempre arduo e sovente inappagante, di ricostruire l'equilibrio economico turbato dall'evento lesivo, ma pure ed anzitutto quello – ben più problematico nella nostra esperienza giuridica, ruotante essenzialmente intorno al modulo risarcitorio – di evitare che tale evento si verifichi*» (*Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 686).

⁷³ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 27.

⁷⁴ Così F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, 61.

Una volta acquisita, però, la consapevolezza che effettivamente la categoria delle pene private costituirebbe solo una confederazione di sottoinsiemi distinti, non appare necessario ricercare una perfetta omogeneità delle diverse fattispecie sanzionatorie in modo da inserirle entro uno stampo unitario e ben preciso.

All'interno della stessa categoria si potrebbe ipotizzare la convivenza tra più fattispecie riconducibili alla più generale possibile funzione sanzionatoria del diritto privato, senza che venga meno la sua valenza sul piano operativo.

Tuttavia non si potrebbe non dar conto, preliminarmente, delle diverse ipotesi ricostruttive prospettate dalla dottrina.

Secondo alcuni appare opportuno inserire nella categoria delle pene private solo le pene cosiddette negoziali contrattuali e le pene delle (o nelle) associazioni, accomunate dal dato che la loro determinazione ed inflizione avviene da parte di un privato nei confronti di un altro. Tali pene incontrerebbero, quindi, gli stessi limiti dell'autonomia privata⁷⁵, postulando la meritevolezza di una funzione punitiva dei privati.

L'ampliamento della sfera di operatività della pena privata così intesa implicherebbe, quindi, una contrazione della sfera di intervento pubblico ed una corrispondente rimessione della gestione dei conflitti ai privati⁷⁶, da alcuni, peraltro, considerata evocativo di un ritorno al passato foriero di perplessità⁷⁷.

⁷⁵ La pena privata contrattuale deve, quindi, rivestire necessariamente carattere patrimoniale, a norma dell'art. 1174 cod. civ., perché le sanzioni aventi contenuto "morale", suscettibili di incidere sull'onore o sulla reputazione del contraente inadempiente

⁷⁶ T. PADOVANI, «*Lectio brevis*» sulla sanzione, in *Le pene private*, cit., 68-69.

⁷⁷ A. DE CUPIS, *Sul tema del danno e del risarcimento*, in *Le pene private*, cit., 324: «Pena pubblica e privata hanno questo in comune, che vogliono infliggere una sanzione afflittiva, vogliono castigare. Ora, che si voglia ridurre l'applicazione della sfera del

Le pene legali o giudiziali non avrebbero, invece, «*nulla di privato al di fuori dell'interesse tutelato: anzi le modalità applicative sfuggono alla sfera dei soggetti interessati, salvo il potere di iniziativa nelle pene giudiziali*», sicché, se le si facesse rientrare nella categoria delle pene private, quest'ultima «*perderebbe una sua rilevanza autonoma riducendosi ad un criterio meramente descrittivo, che può essere riempito con le figure più disparate*»⁷⁸.

In altri termini, secondo questo orientamento dottrinale, sarebbe necessario centrare l'attenzione sul profilo della natura afflittiva della sanzione, nonché sul carattere privato della minaccia e dell'applicazione della stessa, dovendosi guardare non solo «*al profilo statico dell'imposizione di una sanzione*», ma anche al «*processo poietico che ad essa ha dato origine*», tanto da rendere legittima la domanda «*se il divieto di farsi giustizia da sé sia un principio generale dell'ordinamento privatistico*»⁷⁹.

castigo nel campo pubblico e invece estendere questo castigo nel campo privato, è cosa che mi lascia pensare». Le medesime perplessità sono riportate da P. RESCIGNO (Voce *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979), il quale sottolinea che «*la soluzione lascia perplessi gli interpreti, che vi scorgono un ritorno al sistema delle pene private conosciute in età primitiva e rinnegate dalla cultura moderna. Il tratto singolare della restaurazione di siffatte pene private sarebbe in ciò, che la protezione delle più preziose libertà dell'individuo di fronte alla minaccia del progresso tecnico sarebbe assolta da istituti e strumenti riportati in vita da età antiche e ingenuie del diritto*».

Di contrario avviso è, invece, A. ZOPPINI (*La pena contrattuale*, cit., 312), il quale sostiene che la pena privata «*rappresenta (...) non il ritirarsi dell'ordinamento in una forma di auto-sospensione, il non-essere della tutela statuale, ma al contrario la riaffermazione dell'esser(c), il suo attualizzarsi; e ciò, evidentemente, presuppone che sia l'ordinamento stesso ad assumere la decisione in ordine all'astratta opportunità del mezzo e alla concreta determinazione delle modalità di impiego*».

⁷⁸ E. MOSCATI, *Pena (dir.priv.)*, cit., 784.

⁷⁹ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 301.

Secondo una diversa prospettiva, per la costruzione della categoria delle pene private, sia che si prenda come punto di riferimento la tutela degli interessi privati (o l'esplicazione degli effetti nella sfera del diritto privato), sia che si prenda come punto di riferimento quello del soggetto che crea la pena o assume l'iniziativa per l'irrogazione della stessa da parte del giudice, rimarrebbero comunque fuori dalla categoria *de qua* le pene previste direttamente dalla legge⁸⁰, ossia le pene legali.

Da ciò deriverebbe che pene private in senso stretto sarebbero solo quelle che costituiscono una proiezione della funzione punitiva dei privati, ossia senza dubbio le pene cosiddette negoziali, mentre si potrebbe discutere se l'iniziativa del privato sia un elemento sufficiente a far confluire in una categoria comune anche le cosiddette pene private giudiziali.

Altri autori, al contrario, rivendicano l'identificazione delle pene private con le sole pene giudiziali, quelle cioè che per essere applicate necessitano del filtro giudiziale, tendenzialmente su iniziativa del privato danneggiato o esposto⁸¹.

Le sanzioni civili punitive sembrerebbero, dunque, rappresentare delle tecniche sanzionatorie alternative a quelle penali e amministrative per la tutela di interessi privati, in applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà, che devono orientare il legislatore nella scelta del tipo di sanzione da comminare a fronte dei diversi illeciti⁸².

Tali sanzioni sarebbero, inoltre, funzionali all'esigenza di ridurre l'area di operatività delle tipiche sanzioni pubblicistiche e di far diventare anche il

⁸⁰ E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, cit., 248.

⁸¹ F. BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private*, cit., 31.

⁸² Si veda a tal proposito la Circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei ministri, recante *“Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”*, in *Cass. pen.*, 1986, 641.

processo civile, “*per la sua endemica vicinanza alla quotidianità*”, portatore di istanze punitive, in funzione apertamente dissuasiva, nei riguardi di condotte incompatibili con le regole basilari del vivere in società⁸³.

L’argomento a sostegno di tale costruzione è quello secondo cui, rimanendo sempre lo Stato, per il tramite del giudice, ad irrogare tali pene, lo stesso conserverebbe, così, il monopolio nell’esercizio della potestà punitiva, in quanto assieme agli interessi privati, l’ordinamento mira sempre a tutelare anche un proprio, diretto interesse, oltre a quello di autoconservazione, ossia quello della realizzazione di attività private ritenute meritevoli⁸⁴.

Cionondimeno, il criterio identificativo di tali pene private rimarrebbe la prevalenza dell’interesse individuale, «*che si manifesta concretamente in ragione del fatto che il rimedio presuppone l’iniziativa del privato che promuove l’azione e che è destinatario della prestazione stabilita dal giudice*»⁸⁵.

La concomitante presenza di un interesse superindividuale non sembra, inoltre, di ostacolo alla possibilità di consentire l’ammissibilità di pene private anche a parziale vantaggio dell’Erario, non essendo da ritenere dirimente ai fini

⁸³ Così F. QUARTA, *op. ult. cit.*, 359.

⁸⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages di common law»*, cit., 16.

A. ZOPPINI, ne *La pena contrattuale*, cit., 311-312, chiarisce che: «[...] in queste fattispecie traspare con grande evidenza il concorso dell’interesse privato con quello più generale della collettività. Anzi proprio in questa sovrapposizione si è voluto ravvisare la giustificazione del plusvalore che ottiene il creditore o (più in generale) il danneggiato, che verrebbe a configurarsi come ricompensa per aver tutelato insieme al proprio interesse quello collettivo».

⁸⁵ ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 312, che individua nella «(tendenziale) coincidenza tra titolarità dell’interesse, promozione dell’azione e diritto alla sanzione» il dato caratteristico delle pene private irrogate dal giudice.

classificatori il dato soggettivo della esclusiva destinazione di tali pene a beneficio dello stesso privato leso.

A ben vedere, proprio quest'ultima ricostruzione della categoria delle pene private sembrerebbe risultare la più fedele alla corrispondente nozione romanistica – perché legata ad una concezione afflittiva dell'illecito civile aquiliano, meritevole di una sanzione realmente alternativa a quella pubblica (amministrativa o penale), ma con quest'ultima potenzialmente cumulativa – in quanto ne condivide il meccanismo di applicazione e un'esigenza di tutela di interessi pubblici che si affianca alla tutela del privato.

Privilegiando, allora, una simile prospettiva, l'ambito della ricerca sarà focalizzato sulle pene private giudiziali, il cui campo elettivo di applicazione, come si avrà modo di vedere nel corso della trattazione, appare rappresentato da quello dell'illecito civile aquiliano, dove l'assenza di qualsivoglia pregresso rapporto tra i privati, anche sotto forma di “*contatto sociale*”⁸⁶, richiede inesorabilmente l'intervento dell'Autorità giudiziaria per l'esercizio del potere sanzionatorio.

⁸⁶ Il riferimento è alla nota – e discussa – teoria della rilevanza del contatto sociale qualificato ai fini della nascita di un rapporto obbligatorio, elaborata da CASTRONOVO ed accolta anche dalla giurisprudenza. Tra le sue opere si vedano: *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.).

La teoria del "contatto sociale" è stata sottoposta a seria ed approfondita critica da parte di A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la irresistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 77, il cui contenuto è ribadito dallo stesso Autore in *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 344, il quale ha notato che la giurisprudenza abbia alquanto "liberamente" tentato una applicazione della teoria del "contatto" nelle fattispecie più disparate (dal medico dipendente, al notaio, al mediatore, ai rapporti con

La scelta del percorso d'indagine delle pene private giudiziali non parrebbe, peraltro, affatto imporre, quale postulato implicito, la negazione della potenziale valenza di pene private anche alle fattispecie generalmente ricondotte nelle altre due sottocategorie.

Con maggiore impegno esplicativo si potrebbe, infatti, sostenere che le sottocategorie delle pene private andrebbero comunque studiate separatamente già solo per il fatto che ciascuna di esse è espressione di diverse fonti del potere sanzionatorio, delle quali va esaminata la fisionomia, nonché il rapporto con il nostro complessivo sistema ordinamentale.

la P.A., ai rapporti con le banche), del tutto svincolato dalle regole e dai limiti che ne hanno invece contrassegnato l'applicazione nel diritto tedesco.

Nel settore della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria è stato il legislatore con l'art. 7 della L. 8 marzo 2017, n. 24, recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita e in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", a segnare il tramonto della responsabilità da contatto sociale del medico pubblico «*eliminando l'obbligo professionale che assume l'esercente la professione sanitaria con la visita e le prescrizioni nei confronti del paziente, introducendo, invece, a carico del medico solo il semplice dovere del "neminem laedere" (art. 2043 c.c.), equiparando la persona assistita a "nessuno" o a "οὐδείς", come già fece Ulisse nell'Odissea per ingannare Polifemo*» (così si è espresso V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 393).

La summenzionata disposizione, al comma 3, infatti così recita: «*L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.*»

Così, per le pene private convenzionali, il principale problema da risolvere atterrebbe, infatti, ai limiti dell'autonomia negoziale nel porre in essere atti con struttura e funzione sanzionatoria ben al di là degli schemi legali.

Una trattazione delle pene private legali dovrebbe, piuttosto, vertere essenzialmente sui limiti del potere legislativo nella creazione di rimedi sanzionatori ad applicazione "automatica", ossia tali da non richiedere l'intervento dell'apparato sanzionatorio statale.

Al fine della corretta costruzione di un percorso argomentativo in ordine alle pene private giudiziali, appare, invece, necessario interrogarsi sui limiti del potere sanzionatorio dell'autorità giudiziaria e sui caratteri dei quali deve essere connotata la base normativa dello stesso.

Le pene private giudiziali, come si è già accennato, sarebbero quelle che, in ambito sanzionatorio, si collocherebbero in sequenza immediatamente dopo la pena pubblica, perché previste a tutela sì di interessi particolari, ma coincidenti con quelli della collettività e per questo richiedenti l'intervento dello Stato⁸⁷, facendo emergere pienamente la commistione tra sfera pubblica e sfera privata in ambito sanzionatorio.

In considerazione dell'evidente incertezza dottrinale e giurisprudenziale in merito ai caratteri propri di questa sottocategoria delle pene private, è apparso, quindi, obbligato il ricorso ad un metodo deduttivo, del quale si è fatto già un rapido accenno, sicché, anche per il sotteso studio dei limiti del potere sanzionatorio dell'autorità giudiziaria, non si sarebbe potuto prescindere dalla rassegna di tutte le fattispecie, già presenti nel nostro sistema di diritto privato, che presentano connotati sanzionatori.

⁸⁷ COSÌ BARATTELLA, *Le pene private*, cit., 216.

Nella prima parte della trattazione si affronterà, perciò, il delicato tema dell'eventuale sussistenza di profili sanzionatori nell'istituto del risarcimento del danno, legato al tramonto del persistente dogma della monofunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento, in modo da poter operare una distinzione tra tali forme di risarcimento con funzione punitiva e le autentiche pene private.

Una volta illustrata l'evoluzione del sistema della responsabilità civile e del rimedio risarcitorio, si proverà a dimostrare che, se è vero che quest'ultimo rappresenti indubbiamente la principale risposta che l'ordinamento appresta all'illecito civile, i tempi sarebbero ormai maturi per il riconoscimento di uno spazio autonomo, nell'alveo della responsabilità civile, per rimedi autenticamente sanzionatori, in quanto tali da perseguire quale esclusivo fine quello deterrente-afflittivo.

Si esamineranno, quindi, tutte quelle ipotesi di risarcimento del danno per equivalente monetario, nelle quali il profilo sanzionatorio è stato considerato dalla dottrina talmente rilevante da consentire di mettere in discussione la relativa funzione riparatoria, riscoprendo, così, l'importanza del classico tema del confine tra risarcimento e sanzione⁸⁸.

In particolare, si tenterà di argomentare che l'adozione di criteri per la liquidazione del danno da illecito aquiliano, qual è, in particolare, quello della gravità dell'offesa, propriamente ispirato all'esigenza sanzionatoria, unitamente a criteri compensativi o satisfattivi, non sarebbe di per sé ragione sufficiente per colorare in termini punitivi l'intero risarcimento del danno e, quindi, a snaturarlo.

⁸⁸ Tema, questo, che non a caso corrisponde al titolo del contributo di W. CESARINI SFORZA del 1956 (*Risarcimento e sanzione, in Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano).

Il ricorso a criteri apparentemente lontani da una logica indennitaria da parte dei giudici si rinviene, invero, principalmente nel settore del danno non patrimoniale, proprio a causa della sua ontologica “evanescenza” e della sua inconciliabilità con una logica meramente economica, ma non per questo il risarcimento del danno non patrimoniale, disciplinato dall’art. 2059 cod. civ. dovrebbe essere posto al di fuori della categoria dei rimedi risarcitori o, addirittura, al di fuori del sistema della responsabilità civile.

La trattazione non sarebbe completa se non ci si soffermasse anche sull’istituto, di derivazione anglosassone, dei *punitive damages*, quale paradigmatico esempio di istituto sanzionatorio, che ha fatto ingresso nel nostro ordinamento attraverso il meccanismo della delibazione delle sentenze straniere di condanna al pagamento di risarcimenti ultracompensativi, soprattutto a seguito del recente arresto sul tema della Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione⁸⁹.

Dei *punitive damages* si è, però, inteso chiarire la relativa autentica natura sanzionatoria, senza lasciarsi trarre in inganno dalle assonanze terminologiche, a partire dall’esame comparatistico dei loro tratti essenziali, con il dichiarato intendimento di verificare se, anche nel nostro ordinamento, abbiano ormai fatto effettivo ingresso i cosiddetti danni punitivi di creazione legislativa e se gli stessi siano riconducibili nella categoria delle pene private o, piuttosto, nella categoria dei rimedi risarcitori, sia pur con funzione punitiva, come sono stati per lo più classificati dalla dottrina e giurisprudenza.

Successivamente, l’indagine sarà focalizzata sulla natura dei rimedi ultracompensativi predisposti dal legislatore in caso di “*arricchimenti ottenuti*

⁸⁹ Ci si riferisce alla sentenza delle Sezioni Unite del 5.07.2017, n. 16601, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 6 luglio (nota di R. Savoia) e in *Guida al diritto*, 2017, 31, 111.

mediante fatto ingiusto”, soprattutto nel settore dei diritti della personalità e dei diritti su beni immateriali, per i quali la prevalenza di una logica restitutoria dovrebbe far propendere per il riconoscimento di una natura essenzialmente risarcitoria.

Si proverà ad argomentare, infatti, che la lontananza di un rimedio dalla logica rigorosamente indennitaria del risarcimento del danno non costringe l'interprete né a guardare oltre le frontiere della responsabilità aquiliana, né a riconoscere nello stesso una natura necessariamente sanzionatoria.

Tra le fattispecie di “sospetta” natura sanzionatoria sono state annoverate dagli interpreti anche quelle aventi ad oggetto la riparazione di danni a beni “*collettivi*” o pubblici, come quelli all'ambiente e all'integrità del mercato, ma si proverà a dimostrare la relativa natura di misure sanzionatorie a carattere pubblicistico, in quanto poste a tutela di beni tipicamente adespoti, ossia inerenti alla collettività (in quanto tale).

Infine, si giungerà ad esaminare la correttezza della qualificazione legale delle nuove sanzioni introdotte dal d.lgs. 7/2016, a seguito della “decriminalizzazione” di alcuni illeciti penali, come “*sanzioni civili pecuniarie*”.

Nell'ultima parte della trattazione si sono, poi, analizzate le due fattispecie di diritto privato (sostanziale) predisposte dal legislatore nel codice di rito civile come reazioni a violazioni di provvedimenti giudiziali: la prima di carattere generale, prevista dall'art. 614 *bis* cod. proc. civ., la seconda operante nel settore del diritto di famiglia, prevista dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ.

Entrambe queste fattispecie appaiono presentare tutti i caratteri riscontrati anche negli altri rimedi già qualificati come pene private, con particolare riferimento alla loro *ratio* di soddisfazione della esigenza di tutelare sia l'interesse del privato al

rispetto del provvedimento giudiziale che direttamente lo riguarda, sia l'interesse superindividuale consistente in quello dell'amministrazione della giustizia e dell'autorità delle decisioni giudiziarie.

Si concluderà con l'esame delle norme poste a garanzia della corretta ed efficiente gestione della "*risorsa giustizia*", a partire dall'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ., per sanzionare il cd. abuso dello strumento processuale, fino alle misure introdotte in materia di impugnazioni, di mediazione e negoziazione assistita da parte del legislatore, con un precipuo scopo deflattivo, tale da renderle lontane dalla categoria delle misure di carattere afflittivo-punitivo, in considerazione della difficoltà di rinvenire costantemente gli estremi di un "illecito", sia pur processuale, nelle condotte che fungono da presupposti per la loro applicazione.

CAPITOLO III

LE PENE PRIVATE GIUDIZIALI DA ILLECITO AQUILIANO

3.1. Sanzioni private, responsabilità civile e risarcimento del danno.

La responsabilità civile aquiliana ha rappresentato il settore nel quale più di ogni altro hanno trovato spazio misure – di matrice legale e giurisprudenziale - sanzionatorie volte a garantire una più adeguata protezione alle più preziose libertà dell'individuo, tanto che si è parlato del *«soccorso che l'idea della pena privata può rendere al sistema della responsabilità civile»*⁹⁰, tutte le volte in cui le tecniche risarcitorie non risultino in grado di assicurare una tutela piena alla vittima di una lesione.

Come si è avuto modo di vedere, l'evoluzione storica della responsabilità civile ha condotto alla progressiva perdita dei caratteri della penalità, e alla trasformazione dell'istituto da sanzione per un illecito o violazione di un dovere di condotta a reazione al danno reputato rilevante dallo stesso ordinamento giuridico, sulla base della valutazione degli interessi ed esigenze dei soggetti che si trovano in conflitto⁹¹.

⁹⁰ P. CENDON, *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa, Atti del Convegno giuridico «Informazione, Diffamazione, Risarcimento»*, Milano, 1979, 189.

⁹¹ Si veda R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968: *«[...] la responsabilità civile può bene definirsi nei termini della reazione che il diritto appresta avverso il danno ingiusto, imponendo a chi vi ha dato causa l'obbligo di risarcirlo. Una nozione siffatta consente a tutta evidenza di realizzare una sicura differenziazione di tale forma di responsabilità da quella penale ed amministrativa [...]»*.

Si è assistito, infatti, ad una autonomizzazione della responsabilità civile da quella penale, riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha comportato «l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria) [...]»⁹².

Il processo di revisione radicale al quale è stato sottoposto il sistema della responsabilità aquiliana è, invero, abbastanza risalente nel tempo e legato all'evoluzione dei rapporti economico-sociali, all'introduzione di nuove tecniche di produzione, di nuovi mezzi di trasporto della società industriale, nonché di nuove fonti di energia che costituiscono cause di danni prima impensabili⁹³. Danni, questi, derivanti da attività pericolose che in un'ottica rigorosamente sanzionatoria, sarebbero rimasti a carico del soggetto titolare dell'interesse leso, pur essendo meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

⁹² Così la pluricommentata sentenza della Cass., a Sez. Un., del 22.7.2015, n. 15350, sulla irrisarcibilità del danno da morte (o danno tanatologico) *iure hereditatis* (in *Diritto & Giustizia*, 2015, 23 luglio, con nota di SAVOIA; in *Foro it.*, 2015, 9, I, 2682, con nota di PALMIERI - PARDOLESI; CASO; SIMONE); in *Foro it.*, 2015, 11, I, 3513, con nota di MUSU; RONCALI).

V. anche in dottrina, *ex plurimis*, quanto affermato da P.G. MONATERI- G.M.D. ARNONE- N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, 70: « [...] la esatta comprensione del ruolo riconosciuto al rimedio risarcitorio all'interno del diritto della responsabilità civile deve avvenire alla luce del processo evolutivo che la medesima ha subito, nel segno di una trasformazione da un modello spiccatamente punitivo, focalizzato sul danneggiante, ad uno compensativo, finalizzato principalmente a garantire la compensazione della perdita subita dal danneggiato ».

⁹³ Sul punto si veda E. QUADRI, in *Diritto privato* (F. BOCCHINI- E. QUADRI), VI ed., 2016, Torino, 1237-1238.

Ci si riferisce all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, della quale si può solo fare un rapido accenno⁹⁴, che nel corso degli anni '60 e '70 ha attribuito una portata precettiva all'art. 2043 cod. civ., non più considerata norma punitiva della violazione del divieto di "*alterum non laedere*", posto a protezione dei soli diritti soggettivi assoluti, bensì come «*norma primaria volto ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*», così come è stato sancito definitivamente dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, nella storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999⁹⁵. Da tale lettura dell'illecito aquiliano è derivato il riconoscimento della centralità del

⁹⁴ Il rinnovamento degli studi sulla responsabilità civile è coinciso in larga misura, in Italia, con la pubblicazione della monografia di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, nonché dei numerosi scritti di R. SCOGNAMIGLIO (*ex plurimis* le voci del *Noviss. Dig. It., Illecito (diritto vigente)*, VIII, 1962, 164 ss.; *Responsabilità civile*, XV, 1968, 628 ss.; *Risarcimento del danno*, XVI, 1969, 4 ss.). Sempre alla fine degli anni '60 risalgono gli studi "controcorrente" di P. TRIMARCHI (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e *Causalità e danno*, Milano, 1967) e di M. COMPORTI (*Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965).

Vi è chi, come A. DE CUPIS, ha criticato quella "*raffica di pensiero*" che voleva annientare l'opinione tradizionale sulla responsabilità civile, sostenendo perentoriamente l'assenza di qualsivoglia ancoraggio della responsabilità all'illecito e alla colpa, alla necessità di considerare solo la posizione del danneggiato e non anche il comportamento e la condotta dell'autore del danno (*Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1970, I, 95 ss.; *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, 319 ss.), per giungere a rinnegare anche l'estremo opposto del "*rispolvero*" del vecchio istituto della pena privata, che non si può concepire senza illecito e senza colpa (*Sul tema del danno e del risarcimento*, in *Le pene private*, a cura di BUSNELLI-SCALFI, Milano, 1985, 321-324).

⁹⁵ *Ex plurimis* si vedano: *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108 (con nota di GRECO); *Foro Amm.*, 2000, 349 con nota di SORICELLI; *Foro Amm.*, 2000, 2062 (con nota di SALEMME, CARPINELLI).

danno (ingiusto) e la degradazione della colpa ad uno solo dei tanti criteri di imputazione dell'obbligo risarcitorio, valorizzando una prospettiva vittimologica e, quindi, riparatoria del risarcimento del danno.

Si è, infatti sostenuto che il risarcimento per fatto illecito potrebbe essere considerato come una sanzione solo se si presuppone un obbligo derivante da una norma generale inespressa di *neminem laedere*⁹⁶.

Tuttavia, non è mancato chi ha continuato a tratteggiare la responsabilità civile come istituto che presenta “*due aspetti inscindibilmente connessi*”, vale a dire il tendere da un lato, alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato, e, dall'altro, il costituire una sanzione che colpisce chi ha tenuto un comportamento illecito⁹⁷, prospettando, così, la difficile convivenza tra risarcimento e pena⁹⁸.

Soprattutto a partire dagli anni '80 si è assistito alla apertura della strada della responsabilità civile ad un processo di eticizzazione, correlato alla fase di “*depatrimonializzazione*”⁹⁹, nonché all'emersione dell'esigenza di un più

⁹⁶ Tale obbligo non è stato ravvisato nei casi di responsabilità oggettiva, sicché parte della dottrina ha negato la natura sanzionatoria del risarcimento del danno da illecito aquiliano, in quanto l'obbligo risarcitorio non si commisura all'illecito, bensì trova il suo fondamento e il suo limite nell'entità del danno arrecato al soggetto leso (R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit.).

⁹⁷ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 ss.; ID., voce *Illecito*, Enc. Dir., XX.

⁹⁸ SCALISI nel contributo “*Il nostro compito nella nuova Europa*”, in *Europa dir. priv.*, 2007, 2, 250, ha espresso in maniera chiara l'esigenza di «trovare un equilibrato piano di intesa tra punizione e riparazione» perché «una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe mera *petitio principis*» e una riparazione che prescinda del tutto dalla punizione «sarebbe anch'essa velleitaria e priva di senso». Vi è, infatti, una funzione «preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre».

⁹⁹ Espressione mutuata dallo studio di C. DONISI, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 686.

accentuato intervento sanzionatorio di tipo civilistico sul terreno dei diritti della personalità¹⁰⁰.

Si tratta di un “ricorso” storico, un ritorno al passato singolare *«che si verifica proprio nel momento in cui sul terreno del diritto penale il discorso sulle funzioni della pena tende a smorzarsi, a ridurre la sua carica “etica” e a laicizzarsi (o “secolarizzarsi”) [...] con riduzione della colpevolezza da fondamento della punizione (finalità retributiva) a criterio regolatore della imputazione»*¹⁰¹.

Del resto, nello stesso torno di tempo, la Corte Costituzionale aveva gettato le basi per un’apertura alla funzione punitiva e deterrente della responsabilità civile, specialmente in tema di pregiudizi alla salute umana o all’ambiente¹⁰², per i quali, sussistendo anche un evidente interesse pubblico alla prevenzione, ha richiamato l’attenzione *«sull’astratta idoneità del processo civile a perseguire finalità di generalprevenzione, ulteriori rispetto al mero obiettivo del riequilibrio aritmetico nella sfera soggettiva del danneggiato»*¹⁰³.

Sul versante della dottrina è emersa allora la consapevolezza della crisi della responsabilità civile, crisi “paradossale” in considerazione dell’esplosione quantitativa dell’istituto e dovuta ad *«una sovrabbondanza “schizofrenica” di fini*

¹⁰⁰ Come sottolineano P.G. MONATERI- G.M.D. ARNONE – N. CALCAGNO, ne *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., 46, nei listini della “borsa del diritto” il titolo del “dolo” e della “sanzione” si caratterizzano per l’essere *«azioni in forte e costante ascesa considerata l’epoca storica che teorizza il fondamentale valore etico del principio di responsabilità, tale da trascendere ormai la sfera del singolo soggetto per investire la collettività»*.

¹⁰¹ Così F. BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private*, cit., 48.

¹⁰² Corte Cost., n. 641/1987, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Ambiente (tutela dell’)*, n. 117, ove è messo in evidenza che *«la responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori»*.

e di obiettivi, che impedisce di ricondurre l'“esplosione” della responsabilità civile ad una motivazione unitaria, e dunque ad unitari principi operativi»¹⁰⁴.

Appare scontato che, quindi, la dottrina si sia diffusamente interrogata sulla possibile attribuzione di una funzione sanzionatoria e preventiva anche all'istituto del risarcimento del danno, quale conseguenza tipica della responsabilità civile, che giustifichi la traslazione del danno, ogniqualvolta la funzione riparatoria non sia sufficiente a spiegarne il meccanismo di applicazione¹⁰⁵.

¹⁰³ Così F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 237.

¹⁰⁴ Così C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, 128.

Cfr. quanto ormai sancito dall'autorevole e recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione in tema di delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*: «[...] può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva» (Sentenza del 5.07.2017, n. 16601, pubblicata, *ex multis*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2017, 4, 1198 e in *Guida al dir.*, 2017, 33, 40).

¹⁰⁵ A ben vedere, già a partire dal celebre articolo di G. CALABRESI (*Guido and Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089) e dal trattato di C. M. BIANCA (*La responsabilità*, Milano, 1994, 5 ss.), la dottrina italiana ha escluso che la responsabilità civile possa avere un'unica funzione, indicando nella funzione preventiva quella che senz'altro affianca la preminente funzione riparatoria. Si veda in proposito anche S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La responsabilità civile*, II, 2009, 165 ss., il quale afferma che «in conseguenza della maggiore sensibilità per la sfera del danneggiato e delle nuove funzioni che si vogliono attribuire alla responsabilità civile, entrano in crisi i tradizionali strumenti di quantificazione del danno [...] Siffatta l'idea secondo cui il principio di equivalenza debba essere abbandonato almeno in alcuni settori. Ciò perché, in caso contrario, la responsabilità civile rischia di non svolgere in modo adeguato i suoi compiti e di non soddisfare le aspettative dei consociati che, nel

In particolare, il dibattito si è concentrato su quei campi in cui il risarcimento del danno non può essere sovrapponibile al ristoro di una perdita *tout court* economica, ma piuttosto ad una piena e anche preventiva tutela dei diritti di più alto rango costituzionale¹⁰⁶.

La problematica è apparsa particolarmente controversa se solo si valuta il dato che vi è stato chi si è pronunciato nel senso della funzione punitiva del risarcimento e, al tempo stesso, della possibile funzione riparatoria della pena privata¹⁰⁷ e chi, invece, si è opposto decisamente all'assimilazione concettuale tra sanzione e risarcimento, evidenziando che «*l'associazione tra illiceità e dannosità è senza fondamento*»¹⁰⁸, potendo esserci un danno senza illecito e viceversa un illecito non dannoso.

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile e del risarcimento del danno dovrebbe ad oggi aver raggiunto alcuni punti fermi: la plurifunzionalità della responsabilità civile è tale che nessuna delle funzioni di per sé sola considerata è in grado di spiegare la complessità del sistema dell'illecito e che non sono più legittimi dubbi sulla generale funzione di deterrenza che assolve l'istituto, in

risarcimento del danno vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio leso ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell'illecito. Diviene così inevitabile l'interrogativo circa l'introduzione dei danni punitivi esemplari».

¹⁰⁶ Cfr. P.G. MONATERI – G.M.D. ARNONE – N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, 58.

¹⁰⁷ A. DE CUPIS, *Il danno*³, I, Milano, 1979, 232 ss.

¹⁰⁸ W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, 71 ss.

quanto «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile»¹⁰⁹.

Tale funzione di deterrenza generale si specifica nella funzione punitivo-afflittiva non solo mediante la previsione legislativa di criteri di liquidazione del danno-conseguenza legati alla sfera del danneggiante, ma anche attraverso rimedi del tutto nuovi e diversi dal classico rimedio risarcitorio-compensativo.

D'altronde, prima che emergesse con tutta la sua forza il dibattito sulla plurifunzionalità della responsabilità civile, per tanti anni alla responsabilità oggettiva è stato esplicitamente affidato proprio il precipuo compito di garantire una *optimal deterrence*, nonostante l'assenza di un criterio di imputazione soggettivo, privilegiando, a seconda delle tendenze una funzione di razionalità economica ovvero obiettivi di solidarietà sociale¹¹⁰.

¹⁰⁹ Imprescindibile appare il riferimento all'insegnamento di GUIDO CALABRESI che precisò che l'obiettivo della deterrenza viene definito come l'eliminazione delle «*activities whose social costs exceed their social benefits*» (*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970) e che in alcuni casi il timore di dover risarcire i *compensatory damages* è sufficiente ad eliminare quelle attività sociali i cui costi sociali eccedono i benefici.

Cfr. G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in NGCC, 2006, II, 297; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in Riv. dir. civ., 2006, 532, nt. 8. V. anche SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in Europa e dir. priv., 2007, 2, 250, che sostiene che vi è una funzione «preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre».

¹¹⁰ V. F. D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 159 ss.

Per le due "tendenze" della responsabilità oggettiva si vedano rispettivamente la monografia di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

Dall'accertamento dell'acquisita funzione sanzionatoria da parte dell'istituto della responsabilità civile se ne è fatta discendere in via automatica la giusta conseguenza dell'acquisizione della medesima funzione da parte del risarcimento del danno.

Da ciò è derivato l'attribuzione della qualifica di "risarcimenti con funzione afflittiva" a tutti i rimedi ultracompensativi già presenti nel nostro ordinamento, come si vedrà dall'esame della giurisprudenza di legittimità più recente, non consentendo l'individuazione di un'autonoma categoria di rimedi ultracompensativi sanzionatori che fuoriescono dal campo del risarcimento del danno.

Purtuttavia, se è vero che il rimedio risarcitorio rappresenti indubbiamente la principale risposta che l'ordinamento appresta all'illecito civile, non appare affatto peregrino il quesito sulla sua esclusività nel sistema.

Si dovrebbe, infatti, superare quella concezione, autorevole ma ormai datata, secondo la quale l'illecito e il danno risarcibile costituiscono due profili della stessa realtà e soltanto ad una osservazione empirica possono apparire come due entità distinte ed in connessione causale¹¹¹.

Cfr. anche V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 9, 20288, che, in chiave critica, sottolinea l'indeterminatezza dei concetti di responsabilità oggettiva e di funzione deterrente.

Vi è chi ha chiarito che la deterrenza non può essere considerata propriamente una funzione della responsabilità ma, piuttosto, un obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni, e in particolare la funzione di prevenzione (v. F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2009, 909, che distingue anche la *deterrence* nordamericana dalla cd. deterrenza nostrana).

¹¹¹ È la tesi del CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 21 ss.

Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, l'interprete non potrebbe, in effetti, più esimersi dall'interrogarsi sull'esistenza o meno di nuove forme di reazione all'illecito di carattere non risarcitorio.

In altri termini, si tratta di verificare se è possibile sciogliere il "nodo" che lega in modo apparentemente inestricabile la rilevanza giuridica del "fatto illecito", individuato come "fonte di obbligazioni" dall'art. 1173 cod. civ., al "risarcimento per fatto illecito", introdotto al livello di obbligazione risarcitoria dall'art. 2043 cod. civ., non essendovi necessaria sovrapposizione tra illecito e danno risarcibile¹¹².

Se, infatti, si dovesse ritenere che oltre al risarcimento del danno non sono immaginabili altre tipologie di rimedi nel nostro sistema, se ne dovrebbe trarre necessariamente la conclusione che la funzione sanzionatoria possa essere legittimamente assolta solo dall'istituto risarcitorio, sotto forma di "risarcimento punitivo".

Sarebbe, quindi, difficile individuare e distinguere un campo di applicazione proprio delle sanzioni private punitive. Risarcimento e punizione condividerebbero, infatti, lo stesso spazio applicativo.

Invece, accogliendo la tesi della netta distinzione tra danno risarcibile ed illecito, tra risarcimento e sanzione, acquisirebbe rilievo ed importanza sistematica la categoria della pena privata, all'interno della quale si collocherebbero tutti i

¹¹² Così F. D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, che sostiene che si deve valutare «*se le obbligazioni che derivano da fatto illecito ai sensi dell'art. 1173 sono necessariamente soltanto quelle risarcitorie enunciate dall'art. 2043 (e dall'art. 2059), o se al legislatore è consentito ricollegare al fatto illecito, così come individuato dall'art. 1173 e eventualmente caratterizzato da uno speciale elemento soggettivo (con esplicito abbandono del*

rimedi agli illeciti per i quali il legislatore commina la condanna del danneggiante ad una prestazione pecuniaria del tutto sganciata dal danno provocato e, quindi, al di fuori di una prospettiva riparatoria.

La linea di demarcazione tra risarcimenti ultracompensativi e sanzioni civili si potrebbe allora individuare sul piano del loro meccanismo di attivazione.

L'operatività del rimedio subordinata all'accertamento della produzione di una conseguenza dannosa nella sfera della vittima dell'illecito impedisce, infatti, la perdita della sua natura risarcitoria, seppur tra i criteri di liquidazione venissero utilizzati criteri di natura propriamente sanzionatoria. Non così se, invece, il rimedio trova applicazione al solo verificarsi dell'evento lesivo, mancando quello che viene tradizionalmente definito quale danno-conseguenza, che è il presupposto per l'attivazione del rimedio risarcitorio ex art. 2043 cod. civ.

Eppure i rimedi ultracompensativi sono stati tutti insieme oggetto di esame da parte della dottrina e della giurisprudenza quali modelli derogatori al principio dell'integralità della riparazione del danno¹¹³ e per questo pur sempre rientranti nella categoria dei risarcimenti.

«dogma dell'equivalenza tra colpa e dolo») obbligazioni ulteriori o diverse, non necessariamente restitutorie, ma apertamente sanzionatorie».

¹¹³ P. CENDON ha chiarito, infatti, a tal proposito che *«saremo ancora all'interno della responsabilità civile ma già nel territorio della pena privata, tutte le volte in cui la misura di quell'obbligo risarcitorio, pur senza oltrepassare la frontiera del danno, si situi ad una soglia più severa rispetto a quella in cui si incontrano normalmente l'interesse della vittima a ottenere il compenso e quello del danneggiante a non vedersi caricato di un onere risarcitorio eccessivamente gravoso.*

Saremo invece al di fuori della responsabilità civile, allorquando si constati che il legislatore, o per aver reputato che la mancanza di un danno vero e proprio non fosse ancora una ragione sufficiente per lasciare un certo comportamento senza conseguenze giuridiche, o per aver ritenuto che un determinato danno fosse eccessivamente difficile, o

Si tratta delle ipotesi che i vari operatori del diritto si sono sforzati di raggruppare sotto il profilo meramente negativo dell'anomalia della reazione di fronte a quella tipica del risarcimento del danno.

Ciò perché appare condivisibile l'idea che la dottrina, quando stabilisce l'ambito della nozione di illecito quale contrasto tra la volontà del privato e la volontà della legge, «*si limita a segnalare il fenomeno caratteristico della responsabilità civile, nella quale campeggia l'effetto sfavorevole del risarcimento del danno; cosicché solo a stento riesce a rendersi ragione, quando addirittura non lo disconosce, della ricorrenza di un illecito non dannoso*»¹¹⁴.

L'effettiva vigenza e il fondamento giuridico del principio dell'integralità del risarcimento sono stati, peraltro, assai dibattuti in giurisprudenza, sia ordinaria sia amministrativa¹¹⁵.

Tale principio si sostanzia nella regola secondo la quale il risarcimento debba coprire l'intera perdita subita, ma non costituire un arricchimento per il danneggiato¹¹⁶.

impossibile, da provare nella sua esistenza o nel suo esatto ammontare, o per aver ritenuto che il risarcimento del danno, sia pure all'intero pregiudizio arrecato, fosse ancora troppo poco come sanzione del contegno illecito [...]» (Pena privata e diffamazione, in Pol. dir., 1979, 152).

¹¹⁴ Così R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 21.

¹¹⁵ In dottrina si vedano: A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144; A. PINORI, E. CORRADI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 41 ss.; G. PEDRAZZI, *Oltre il risarcimento: il danno aquiliano tra (integrale) riparazione e sanzione*, in P.G. MONATERI, A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni*. XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10-12 maggio 2007.

Se così non fosse, verrebbe meno la funzione riequilibratrice o compensativa del risarcimento, perché il danneggiato (*recte*, la vittima dell'illecito) si troverebbe in una situazione migliore rispetto a quella anteriore al fatto dannoso¹¹⁷.

Si afferma, in proposito, che, ai fini della determinazione del danno da risarcire a seguito di un fatto illecito, occorre operare un raffronto tra il valore attuale del

¹¹⁶ Dal divieto di arricchimento del danneggiato discende, infatti, l'“indifferenza” per lo stesso tra il subire il danno e ricevere il risarcimento dello stesso.

Sul principio di integralità del risarcimento si è espressa da ultimo la Suprema Corte nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione “di massima importanza” relativa all'operatività dell'istituto della “*compensatio lucri cum damno*” in sede di liquidazione dei danni civili (Cass., III Sez. Civ., Ord. n. 15536 del 22 giugno 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2242).

La medesima questione di diritto è stata deferita dal Consiglio di Stato all'esame dell'Adunanza plenaria (con ord. del 6 giugno 2017, n. 2719, in *Foro it.*, 2017, III, 394) che ha sostenuto che «*il risarcimento del danno (...) mira esclusivamente a ricondurre la sfera giuridica del danneggiato nella condizione in cui si trovava prima dell'illecito, neutralizzando gli effetti “immediati e diretti” della condotta del danneggiante (significativo, sul punto, è il recente approccio osservato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – n. 2 del 2017 – in relazione alla tematica dell'aliunde perceptum vel percipiendum dell'impresa che abbia proposto domanda di risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, tematica che rappresenta uno dei più tradizionali modi di declinazione della compensatio lucri cum damno nel diritto amministrativo)*». Ha, inoltre, aggiunto che «*nell'orbita di un sistema di responsabilità civile come il nostro che, salvo spunti di carattere (ancora) settoriale, rifugge da intenti punitivi, sanzionatori o, comunque, lato sensu afflittivi per il danneggiante (appannaggio di altre branche dell'ordinamento) e si pone il solo scopo di rimediare, mediante la ricostituzione (in forma specifica o per equivalente monetario) del patrimonio del danneggiato, ad un'alterazione patrimoniale o patrimonialmente valutabile della di lui sfera giuridica occorsa non jure e contra jus*» trova ragione l'istituto della “*compensatio lucri cum damno*”.

¹¹⁷ A.PENTA, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile* (a cura di M. SANTISE), 2016, II Edizione, Torino, 783 ss.

patrimonio del danneggiato ed il valore che esso presenterebbe, se il fatto non si fosse verificato.

Il fatto illecito, quindi, non deve mai essere occasione di vantaggio e, il risarcimento del danno deve riportare il patrimonio del danneggiato nello *status quo ante* l'illecito. Ne consegue che, ai fini della determinazione del risarcimento del danno, è necessario tenere conto di tutte le conseguenze prodotte dall'illecito nel patrimonio del danneggiato, vale a dire delle ripercussioni negative e di quelle positive.

Tuttavia, la Corte Costituzionale ha più volte affermato l'irrelevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno¹¹⁸ prevalendo

¹¹⁸ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 65 ss., con nota di S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva*. Si veda da ultimo la sentenza n. 235/2014 (in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, 2, I, 404) nella quale la Consulta ricorda di aver già chiarito che «*come non si configuri ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile alla integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il valore dell'iniziativa economica privata connesso all'attività del vettore (sentenza n. 132 del 1985).*

A sua volta, la Corte di cassazione, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, ha puntualizzato come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il «livello di tollerabilità» che «ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone».

Al bilanciamento - che doverosamente va operato tra i valori assunti come fondamentali dalla nostra Costituzione ai fini della rispettiva, complessiva, loro tutela - non si sottraggono neppure i diritti della persona consacrati in precetti della normativa europea - ove questi vengano, come nella specie, in rilievo come parametri del giudizio di costituzionalità, per interposizione ex art. 117, primo comma, Cost. - poiché, come pure

l'esigenza del bilanciamento con altri valori di pari rilievo costituzionale anche quando si tratti di diritti della persona, sicché si dovrebbe più correttamente affermare il principio della “*tendenziale*” integralità della riparazione del danno. Hanno, quindi, superato il vaglio di costituzionalità tutti quegli interventi legislativi che, adottati anche in ossequio ad impegni eurounitari, hanno fissato *ex ante* la misura del risarcimento del danno, in misura prevedibilmente inferiore al danno subito (come ad esempio per i contratti di trasporto¹¹⁹).

In dottrina si è, altresì, riflettuto sulla natura giuridica del principio, ossia sulla possibilità di attribuirgli il carattere di ordine pubblico, in modo tale da rendere sempre necessaria l'intermediazione del legislatore perché possa essere derogato in sede di liquidazione del danno da parte del giudice¹²⁰.

già precisato, «A differenza della Corte EDU, questa Corte [...] opera una valutazione sistemica e non isolata dei valori coinvolti dalle norme di volta in volta scrutinate» (sentenza n. 264 del 2012).

Il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 cod. ass. - per il profilo del prospettato vulnus al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona - va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata».

Cfr. anche G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in A. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

¹¹⁹ Si tratta della disciplina del contratto di trasporto aereo scaturente dalla Convenzione di Varsavia, oggetto della declaratoria di legittimità costituzionale con sentenza del 6 maggio 1985, n. 132, in *Foro it.*, 1985, I, 1585 ss.

¹²⁰ G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in NGCC, 2008, 27.

Vi è chi, comunque, ha criticato fortemente il tentativo di superamento del principio compensativo per via ermeneutica. Cfr. F. D. BUSNELLI (*Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 4, 909), che sottolinea che «*ha il*

A ben vedere, sostenere che l'integralità del risarcimento rappresenti solo una "tendenza" del risarcimento del danno non impone di escludere la natura compensativa del rimedio. Tale natura compensativa è, infatti, strettamente legata alla circostanza dell'attivazione del rimedio risarcitorio all'effettiva prova della sussistenza del danno-conseguenza nella sfera soggettiva della vittima dell'illecito.

Che poi l'intero danno non possa essere oggetto di risarcimento per ragioni legate a superiori esigenze di bilanciamento con altri valori di rilievo costituzionale o per ragioni legate all'"evanescenza" del danno, qual è il danno non patrimoniale, non fa venir meno la funzione primariamente compensativa dell'istituto risarcitorio, alla quale possono soltanto aggiungersi altre funzioni "ancillari".

Ai fini della ricostruzione della categoria delle sanzioni private, sembrerebbe, quindi, più fruttuoso interrogarsi sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di altri rimedi che conducono alla condanna del soggetto autore della lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante al pagamento di una somma di denaro che prescinde del tutto dal danno eventualmente cagionato nella sfera del soggetto leso, piuttosto che sulla derogabilità del principio di integralità del risarcimento.

sapore dell'alchimia, piuttosto che il senso della dialettica, il tentativo di superamento fondato "sul combinato disposto degli artt. 1223, 1226 e 2056 cod. civ." e "sull'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del caso concreto": precetti normative poteri giudiziali di valutazione equitativa, questi, senza dubbio fondamentali per la determinazione del risarcimento del danno, ma non per andare oltre il risarcimento».

Si tratterebbe di istituti diversi da quello risarcitorio e che, quindi, lungi dal costituire una deroga ai principi di ispirazione compensativa, si inscriverebbero entro una cornice normativa diversa ed ispirata ad esigenze di tipo afflittivo.

Nel corso della trattazione si dovranno, quindi, verificare le condizioni e i limiti dell'ammissibilità di tali rimedi pecuniari a carattere non risarcitorio, nonché valutare se questi ultimi siano già presenti nel nostro sistema e se possano trovare collocazione a pieno titolo nella categoria delle pene private, distinguendoli dalla tecnica di tutela risarcitoria, anche quando sia destinata a svolgere funzioni ulteriori a quella compensativa.

Sono state soprattutto le sollecitazioni provenienti dalla dottrina e da alcune innovazioni legislative ad instillare anche nella giurisprudenza di legittimità il dubbio circa la persistente validità della concezione monofunzionale della responsabilità civile in senso riparatorio.

La giurisprudenza ha, però, affrontato la questione della polifunzionalità della responsabilità civile presupponendo che il rimedio risarcitorio rappresenti l'unico e più adeguato strumento per la tutela dei diritti fondamentali della persona, e per tal via attribuendogli una funzione deterrente o sanzionatoria¹²¹.

¹²¹ Così nell'ordinanza del 16.05.2016, n. 9978 della Prima Sezione della Suprema Corte di rimessione alle Sezioni Unite della questione della riconoscibilità o meno, per contrasto con l'ordine pubblico, delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi (in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 4, 1232; *Foro it.*, 2016, 6, I, 1973 con nota di D'ALESSANDRO; *Foro it.*, 2017, 5, I, 1730 con nota di LAMBO.

Nella precedente sentenza (n. 1183 del 2007) la Suprema Corte aveva, invece, negato l'ingresso nel nostro ordinamento di sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi affermando perentoriamente che rimane estranea al sistema della responsabilità civile l'idea della punizione e della sanzione dell'autore della violazione ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta.

Sul punto, di recente, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha messo in evidenza che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più «*così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento (si pensi, ad esempio, all'art. 96 cod. proc. civ., u.c., in materia di responsabilità processuale aggravata)*»¹²².

Anche la tanto attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi¹²³ ha impostato il ragionamento sulla funzione della responsabilità civile, riconoscendo ad essa sì una natura polifunzionale, ma affidando in esclusiva lo svolgimento di queste ulteriori funzioni - deterrente e sanzionatoria - sempre e solo al rimedio risarcitorio.

Appare chiaro, quindi, dal quadro giurisprudenziale delineatosi negli ultimi anni che non sussistono più dubbi sulla natura plurifunzionale della responsabilità civile¹²⁴, ma rimarrebbe aperta la questione delle condizioni e dei limiti di

La dottrina è stata molto critica nei confronti di tale presa di posizione della Suprema Corte. Vi è chi l'ha definita come un mero "*arroccamento tecnico*" sorto sul terreno della delibazione delle sentenze di condanna ai *punitive damages* (così P. G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827 ss.). V. *infra*.

¹²² Cass., Sez. Un., 6.05.2015, n. 9100, in *Giur. Comm.*, 2016, 3, II, 529.

¹²³ Cass., sez. un., 5.07.2017, n. 16601, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 6 luglio (nota di R. SAVOIA) e in *Guida al diritto*, 2017, 31, 111.

¹²⁴ Autori come F.D. BUSNELLI e S. PATTI (in *Danno e responsabilità*, Torino, 2013, 162) hanno sostenuto che il momento presente rappresenta l'apice della parabola della responsabilità civile e che «*ne risulta un quadro al tempo stesso lusinghiero e preoccupante: lusinghiero se, rievocando il passato, si constata che le tradizionali rigidità interpretative e applicative delle norme sui fatti illeciti si sono sciolte trasformando la responsabilità civile in uno degli strumenti più duttili dell'intero diritto privato; preoccupante se, pensando al futuro, si considerano le possibili conseguenze di quel*

ammissibilità di risarcimenti punitivi e di vere e proprie sanzioni private pecuniarie, che esulino dall'area del risarcimento del danno, perché sostanzialmente da quest'ultimo prescindono.

Dalla disamina congiunta della dottrina e giurisprudenza più recenti si potrebbe, dunque, prospettare un sistema della responsabilità civile che, proprio perché chiamato a svolgere funzioni ulteriori rispetto a quella "classica" della compensazione del danneggiato, appresta due diverse tecniche di tutela: accanto alla tecnica risarcitoria che si può "colorare" in termini sanzionatori, mediante criteri di liquidazione del danno relativi alla sfera del danneggiante, una nuova tecnica sanzionatoria rappresentata da vere e proprie pene private, l'applicazione delle quali prescinde del tutto dal verificarsi di un danno ulteriore alla mera lesione della situazione giuridica soggettiva del privato offeso.

In tal modo, i rapporti tra responsabilità civile, risarcimento del danno e sanzioni private verrebbero ricostruiti senza dover alterare la struttura delle categorie dommatiche consolidate, né crearne delle nuove, finendo per inglobare anche le pene private nella categoria più ampia della responsabilità civile.

difetto di coerenza sistematica che oggi contraddistingue l'istituto stesso, sia sotto il profilo funzionale sia sotto il profilo strutturale».

3.1.1 Il risarcimento del danno non patrimoniale

Che la riparazione del danno non patrimoniale rappresenti «*un momento nel quale sono particolarmente presenti i contorni della pena privata*»¹²⁵ è un'osservazione che ha, da oltre mezzo secolo, guidato la dottrina italiana a studiare il tema delle pene private soprattutto nel settore della tutela dei diritti della personalità¹²⁶.

È stato, infatti, chiarito che l'idea della pena privata è proprio nata in relazione a fatti che, in modo particolarmente rilevante, turbavano l'ordine soggettivo e le posizioni soggettive godute dai privati non suscettibili di valutazione economica, rispetto ai quali era particolarmente avvertita l'insoddisfazione per il rimedio risarcitorio¹²⁷.

Come si è già accennato e si avrà modo di argomentare meglio, però, al risarcimento del danno non patrimoniale, seppure si può attribuire ancor più dello stesso risarcimento del danno patrimoniale una funzione sanzionatoria, non potrebbe mai attribuirsi la natura giuridica di una "pena privata" in senso tecnico.

La tutela di interessi inerenti la sfera personale o comunque non suscettibili di valutazione economica secondo criteri oggettivi sconta, infatti, la difficoltà nell'accertamento e nella quantificazione di un danno che tenderebbe a sfumare e che porterebbe a riconoscere un diverso "aspetto" e diverse funzioni alla

¹²⁵ BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le Pene Private*, cit., 302. Si veda anche la monografia dello stesso Autore dedicato al tema, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 272 ss.

¹²⁶ In Italia le prime riflessioni sul tema sono di A. DI MAJO, GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 69 ss., spec. 99 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 65 ss.; T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 161 s.; P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. Dir.* 1979, 149 ss.

¹²⁷ G. PONZANELLI, voce *Pena Privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 4.

responsabilità civile: non più quella di risarcire e/o di trasferire il costo degli incidenti, bensì quello di tutelare mediante l'istituto della responsabilità civile determinate situazioni giuridiche soggettive o interessi meritevoli di tutela ¹²⁸.

Altri motivi di insoddisfazione verso il rimedio risarcitorio, nel settore dei diritti della personalità, sono stati individuati talvolta nella consapevolezza che una condanna ad una prestazione risarcitoria parametrata al solo danno subito dalla vittima sarebbe priva di qualsiasi efficacia deterrente, perché di gran lunga inferiore al profitto ricavato dall'autore della violazione¹²⁹, talaltra nell'esigenza di una reazione da parte dell'ordinamento di particolare intensità in presenza di illeciti connotati da un elemento soggettivo particolarmente qualificato¹³⁰.

È emersa, così, l'esigenza di introdurre rimedi ultracompensativi nel nostro sistema della responsabilità civile affinché sia garantita a pieno l'effettività della tutela soprattutto in tre settori tra i quali un posto di rilievo è assunto da quello occupato dal risarcimento del danno non patrimoniale, che per definizione sfugge ad una misurazione oggettiva ¹³¹.

¹²⁸ Così GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 9-11.

¹²⁹ Si tratta delle ipotesi di cd. *disgorgement* o retroversione degli utili, di cui si tratterà *infra*.

¹³⁰ Sull'esistenza di fatti illeciti che si qualificano come tali in quanto la corrispondente condotta dell'agente è sorretta da un elemento psicologico in termini di dolo, si veda il contributo di CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino 1976.

¹³¹ Per l'individuazione di queste tre aree o settori di operatività dei rimedi ultracompensativi si veda G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impresa*, 6/2015, 1195 ss. Gli altri due settori sono quello che comprende tutte quelle situazioni nelle quali si verifica una patologia di *undercompensation*, perché è talmente modesta l'entità del pregiudizio sofferto che il danneggiato preferisce non intraprendere proprio un'azione giudiziaria, come nel campo della responsabilità dei danni da prodotto.

Le ragioni dell'incertezza della funzione e, persino, del contenuto e dei limiti di operatività del risarcimento del danno non patrimoniale sono legate alla storia dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2059 cod. civ.¹³²

Senza alcuna pretesa di completezza, giova, infatti, ricordare come il codice del 1865 prevedesse la risarcibilità del danno cagionato da fatto umano colposo, senza distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale¹³³, sicché fino all'inizio del secolo scorso la giurisprudenza procedeva ad una liquidazione ampia del danno non patrimoniale quale componente ordinaria del risarcimento.

Il pensiero liberale contrapponeva, infatti, al concetto di patrimonio inteso in senso economico un'idea di patrimonio personale di pari importanza.

Sotto la spinta delle critiche della dottrina e dell'entrata in vigore del Codice Zanardelli e del Codice di rito penale del 1913, venne inaugurato un orientamento

Il terzo settore è, invece, costituito da quegli illeciti caratterizzati dalla particolare coloritura soggettiva del dolo che fanno avvertire l'esigenza di una condanna superiore a quella sufficiente a riparare il danno in chiave sanzionatoria. In tali casi, infatti, una condanna punitiva rappresentano la logica conseguenza degli stessi principi che portano all'equivalenza tra risarcimento e danno della vittima nei casi di colpa, nell'ottica di ripianare il costo sociale degli incidenti.

¹³² A ben vedere, è stato evidenziato da attenta dottrina che si riscontra un'incertezza dell'istituto anche da un punto di vista comparatistico: a differenza del danno patrimoniale, che è figura consolidata nella logica del sistema basato sulla patrimonialità e il valore di scambio dei beni, molto più alto è il tasso di "politicalità della scelta normativa per la configurazione del danno non patrimoniale, «com'è confermato dalle diverse soluzioni storicamente adottate, e tutt'ora vigenti negli ordinamenti giuridici contemporanei» (così Salvi, Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale, in Europa e diritto privato, II, 2014, 517 ss.)

giurisprudenziale che finì per privare il danno non patrimoniale del suo ruolo di strumento compensativo di beni non suscettibili di valutazione economica, potendo il danneggiato ottenere adeguata tutela attraverso gli strumenti previsti rispettivamente dall'art. 38 c.p. 1889 e 7 c.p.p. 1913¹³⁴. Entrambe le norme prevedevano, infatti, che, in caso di delitti contro l'onore della persona o della famiglia, il danneggiato o l'offeso avrebbero potuto richiedere al giudice (in sede penale o in sede civile) una somma a titolo di "riparazione pecuniaria", ancorché il fatto costituente reato non avesse prodotto alcun danno.

Appare, dunque, evidente la logica sanzionatoria sottesa a tale previsione di condanna pecuniaria che prescindeva dalla prova del danno-conseguenza, risultando sufficiente l'accertamento del danno-evento, inteso come evento lesivo dei diritti della persona offesi dai reati¹³⁵. Ciò perché iniziava a diffondersi la concezione dell'incompatibilità della figura del risarcimento in denaro con la

¹³³ L'art. 1151 del codice civile del 1865 rappresentava, infatti, la pedissequa traduzione dell'art. 1382 del Code Napoléon e prevedeva che «*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*».

¹³⁴ V. SS.UU. 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952 che decretarono la stretta tipicità del danno non patrimoniale.

¹³⁵ L'art. 38 c.p. 1889 disponeva che: «*Oltre al risarcimento, alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione*».

L'art. 7 cod. proc. civ. 1913 sanciva, alla stessa stregua del Codice penale Zanardelli, che: «*Il reato può produrre azione civile per il risarcimento del danno e per le restituzioni. I delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, la inviolabilità del domicilio o dei segreti, anche se non abbiano cagionato un danno, possono produrre azione civile per la riparazione pecuniaria [...]*»

funzione della soddisfazione del dolore, come se fosse “disdicevole” o addirittura “immorale” compensare in denaro la sofferenza interiore¹³⁶.

Tale concezione è stata pienamente accolta dal legislatore del 1930 che, nell'introdurre una norma come l'art. 185 nel Codice penale, tuttora vigente, intendeva proprio qualificare il danno non patrimoniale come quello che in alcun modo tocca il patrimonio della vittima.

Come risulta specificato nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul testo definitivo al codice penale, n. 92, infatti, *«è più esatto il termine usato dal codice (danno non patrimoniale anziché danno morale) perché ci sono danni morali che sono contemporaneamente morali e materiali, così che, qualora la legge usasse l'espressione “danno morale” potrebbe sorgere il dubbio, se per la risarcibilità del danno morale sia necessario che esso abbia anche dei riflessi*

¹³⁶ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, che richiama l'orientamento dottrinale del GABBA rigorosamente contrario al risarcimento del danno non patrimoniale (p. 136, nota 117). Gabba, infatti, sosteneva che *«il diritto ha [...] per sua natura ad oggetto sempre un oggetto esteriore e sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, né tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa e del danno morale, come, per esempio, l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dell'umana personalità, e intangibili e inviolabili come questa, ma appunto l'intangibilità e inviolabilità dell'umana persona non è per sé medesima un diritto civile o privato, perché non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare [...]. È un diritto la cui tutela è prestata propriamente dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico-privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile, o giuridico-privato, cioè pecuniario»*. V. anche M. G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 87 (in particolare, si veda la n. 10 che riporta la giurisprudenza dei primi anni del '900 sul punto); SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 149.

patrimoniali [...]», con ciò identificando il danno non patrimoniale con quello morale privo di conseguenze patrimoniali¹³⁷.

Sulla stessa linea restrittiva si è collocato anche il legislatore del 1942 che, nell'introdurre l'art. 2059 cod. civ., intendeva stabilire la risarcibilità dei danni c.d. morali, quale «*riparazione o compensazione di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale*»¹³⁸ nei soli casi determinati dalla legge, ossia solo nei casi in cui tale illecito avesse rivestito natura penale, essendo gli unici per i quali sussisteva una previsione normativa espressa.

A causa della natura limitativa della clausola *de qua*, l'art. 2059 è stato più volte sottoposto a denunce di incostituzionalità. In questo modo, le pronunce della Corte costituzionale che ne sono seguite hanno contribuito a forgiare la nozione di danno non patrimoniale¹³⁹.

Con una prima pronuncia risalente al 1979 la Corte Costituzionale¹⁴⁰ ha affermato la legittimità costituzionale della limitazione di cui all'art. 2059 cod. civ., in quanto espressione di discrezionalità legislativa insindacabile: è apparso, infatti,

¹³⁷ Nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul testo definitivo al codice penale, n. 92 si legge ancora che il «*danno morale si contrappone piuttosto a danno fisico che a danno non patrimoniale, e il danno fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale*».

¹³⁸ Così la Relazione ministeriale al vigente codice civile, n. 803, dalla quale emerge che il legislatore del 1942, scrivendo l'art. 2059 cod. civ., non intese introdurre alcuna artificiosa e cerebrina distinzione tra «danno non patrimoniale» e «danno morale», ma intese semplicemente sostituire una nuova espressione a quella invalsa nell'uso, per evitare i dubbi e le incertezze che quest'ultima aveva sollevato (ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giustizia Civile*, 4-5, 2009, 930).

¹³⁹ MONATERI, BONA, OLIVA, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999, 14.

¹⁴⁰ Corte Cost., sentenza n. 87/1979 in *Foro it.*, 1979, I, 2543.

ragionevole limitare la risarcibilità di danni morali puri (quali quelli previsti dall'art. 2059 cod. civ.) alle sole fattispecie criminosi ex art. 185 c.p.

Tuttavia, una così riduttiva risarcibilità dei danni non patrimoniali non sarebbe potuta essere sostenuta a lungo come ragionevole, in quanto idonea a compromettere il principio "personalista" di rango costituzionale¹⁴¹.

Cosicché, successivamente, la Consulta ha interpretato in senso realmente innovativo gli artt. 2043 e 2059 cod. civ. restringendo, da un lato, l'ambito di operatività dell'art.2059 cod. civ. esclusivamente ai danni morali soggettivi, consistenti nell'ingiusto perturbamento dello stato d'animo del soggetto offeso e, dall'altro lato, ampliando la nozione di patrimonio al punto da ricomprendervi anche beni di natura personale, sì da farli rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 2043 cod. civ.¹⁴²

Secondo tale ricostruzione i danni non patrimoniali si sarebbero identificati con i danni morali puri, non suscettibili di valutazione secondo criteri oggettivi ed uniformi. Tale specie di danno sarebbe stata rappresentata dai patemi e dai perturbamenti d'animo, ma non dal danno alla salute. Il risarcimento del danno non patrimoniale avrebbe pertanto ricoperto la funzione di un *pretium doloris*, per chi subisce sofferenze morali derivanti da fatti particolarmente offensivi.

¹⁴¹ Vedi per approfondimenti sul principio personalista in relazione alla risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, BARATTELLA, *Le pene private, cit.*, 97, nt. 36.

¹⁴² Corte Cost., 14.7.1986, n. 184, in *Giur. it.*, 1987, I,1, 392. In dottrina si veda FRANZONI, *Il danno morale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 331, il quale giunge ad elaborare un nuovo concetto di patrimonio, al quale risulterebbero afferire non solo i beni economici, ma « *il complesso di utilità, di vantaggi, di comodità e di benessere che, pur non trovando una valutazione pecuniaria corrente secondo stime di mercato, non per questo non possono diventare passibili di una valutazione economica, secondo una certa coscienza.* »

Un'impostazione del genere non sarebbe potuta essere sostenuta per lungo tempo, perché avrebbe creato una nuova categoria di danno-evento alla persona risarcibile per il semplice dato dell'alterazione dell'integrità psicofisica, inteso come bene del patrimonio della persona latamente inteso, con il rischio di estenderla anche alla lesione di beni della personalità diversi dalla salute garantiti da norme costituzionali.

Inoltre, secondo tale ricostruzione, il risarcimento del danno morale, non essendo assistito dalla garanzia dell'[art. 32 Cost.](#), sarebbe potuto essere discrezionalmente limitato dal legislatore; mentre, il risarcimento del danno alla salute, essendo tutelato a livello costituzionale, sarebbe stato risarcibile, attraverso un'interpretazione analogica dell'[art. 2043](#), anche nel caso in cui il fatto illecito non avesse integrato gli estremi di un reato¹⁴³.

In tale contesto si collocava l'elaborazione della categoria del danno esistenziale, in cui si riconducevano tutti i danni derivanti dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive riconosciute a livello costituzionale¹⁴⁴.

¹⁴³ Corte Cost., 22.7.1996, n. 293 in *Dir. e giur.*, 1998, 260.

¹⁴⁴ P. ZIVIZ, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 815.

Il danno esistenziale è stato ideato per sopperire alle lacune del sistema risarcitorio che non era in grado di tutelare gli attributi ed i valori della persona, nel caso in cui l'illecito non avesse integrato gli estremi del reato, così da permettere la risarcibilità del danno morale, oppure allorché non avesse integrato una lesione della salute, suscettibile di giustificare il risarcimento del danno biologico. Nella categoria del danno esistenziale sono stati ricondotti tutti i danni derivanti dalla lesione di situazioni riconosciute a livello costituzionale. La differenza rispetto al danno morale starebbe in ciò, che il danno morale si manifesterebbe su un piano puramente interno (sensazioni, disagi, turbamenti, ansie), mentre il danno esistenziale avrebbe ad oggetto "il fare", prospettandosi per la vittima la necessità di adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi dal passato. Il danno esistenziale costituirebbe una rinuncia ad

In questo modo, la categoria del “danno non patrimoniale” ha finito per avere soltanto un valore più che altro dogmatico e classificatorio, senza però alcun riscontro a livello codicistico, tanto che si è parlato, in dottrina, di una tacita abrogazione dell’art. 2059 cod. civ. e di alterazione della struttura dell’illecito civile, nella quale non vi è coincidenza tra la nozione di danno ingiusto e la nozione di danno risarcibile¹⁴⁵.

In altri termini, erano state gettate le basi per la creazione di pene private da una costola del risarcimento del danno non patrimoniale.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 11.7.2003, n. 233, attraverso il richiamo al diritto vivente (in modo particolare, alle due sentenze “gemelle” della Terza

un *facere*, ad una attività positiva, mentre il danno morale costituirebbe una mera sofferenza soggettiva, interiore, inesprimibile, un *pati*. È, tuttavia, stato sottolineato il rischio che si venga a creare una sovrapposizione tra danno morale e danno esistenziale e di compiere così una duplicazione risarcitoria, liquidando due volte lo stesso pregiudizio: il “non fare” rappresenta una conseguenza della sofferenza morale, che deve essere valutata al momento della liquidazione del danno morale (NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *RCP*, 2001, 792; ROSSETTI, *Il danno esistenziale tra l’art. 2043 e l’art. 2059*, in *RCP*, 2001, 809).

¹⁴⁵ Così NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, spec. 190 ss.; BONA, *Danno morale e danno esistenziale*, in *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 74.

Una tale impostazione ha poi trovato conferma anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha sottolineato come il danno non patrimoniale ed il danno morale siano nozioni distinte: il primo comprende ogni conseguenza pregiudizievole di un illecito, che, non prestandosi ad una valutazione monetaria di mercato, non può essere oggetto di risarcimento, bensì di riparazione, mentre il secondo consiste nella *c.d. pecunia doloris* (v. [Cass., 3.03.2000, n. 2367](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 518).

Il danno morale concerne soltanto il dolore, il patema d'animo, le sofferenze ed è sottoposto ai limiti indicati nell’art. 2059; mentre, tutti gli altri tipi di danno devono essere risarciti come *species* di danno ingiusto ex [art. 2043](#) (MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 16).

Sezione della Corte di Cassazione del 3 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), ha operato una vera e propria "svolta" nel sistema del danno alla persona, ricomprendendo nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ., attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona, riportandolo più correttamente nell'alveo dei rimedi risarcitori.

Ha, quindi, escluso che l'ambito di operatività dell'art. 2059 cod. civ. possa essere circoscritto al solo danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo determinato da fatto illecito integrante gli estremi del reato. Ciò è apparso tanto più evidente, in quanto sempre più numerosi sono stati i provvedimenti legislativi che hanno riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato, nel caso di compromissione di valori personali: art. 2, L. 13.4.1988, n. 117, riguardante il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale, cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, 9° co., L. 31.12.1996, n. 675, riguardante la raccolta dei dati personali; art. 44, 7° co., D.Lgs. 25.7.1998, n. 286, riguardante gli atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2, L. 24.3.2001, n. 89, riguardante il mancato rispetto del termine ragionevole di durata dei processi.

In realtà, anche nei codici vigenti vi erano già esempi di previsioni legislative che contemplassero la risarcibilità del danno non patrimoniale: gli artt. 89 cod. proc. civ. e 598 c.p. in materia di danno all'onore e alla reputazione derivante dall'utilizzo di espressioni offensive dai difensori in sede giudiziale; gli artt. 7, 9 e 10 cod.civ. che, seppure in maniera non espressa, tutelano con il mezzo risarcitorio il diritto al nome, allo pseudonimo e all'immagine.

La Consulta, alla luce del dato legislativo e dell'evoluzione giurisprudenziale sul risarcimento del danno biologico, ha allora affermato che la riserva di legge contenuta nell'art. 2059 cod. civ. non potesse operare con riferimento a valori personali di rilievo costituzionali: il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della stessa, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, di riparazione del danno non patrimoniale ulteriore rispetto alla classica previsione contenuta nell'art. 185 c.p.

In questo modo, la Corte costituzionale, attraverso il richiamo al diritto vivente, ha delineato un sistema di danno alla persona, incentrato sulla bipolarità del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale; quest'ultimo, a sua volta, caratterizzato per la presenza, al suo interno, di una trilogia¹⁴⁶: danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima del reato; danno biologico, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico - legale; infine, il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come "esistenziale") derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Tale "trilogia" della unitaria categoria del danno non patrimoniale è stata, in seguito, autorevolmente riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di

¹⁴⁶ BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e Resp*, 2003, 829.

Cassazione con le sentenze dell'11 novembre 2008, nn. 26972- 26975 (ccdd. sentenze San Martino)¹⁴⁷.

La prospettiva unificante della categoria del danno non patrimoniale è stata rigorosamente adottata dalla Suprema Corte proprio con gli obiettivi di garantire il rispetto del principio di integralità del risarcimento del danno alla persona e di impedire duplicazioni risarcitorie¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Si tratta delle dirompenti sentenze della Suprema Corte con le quali sono state tracciate le linee fondamentali del risarcimento del danno. Tra i numerosi commenti delle stesse si vedano: *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 913 (con nota di ROSSETTI); *Assicurazioni* 2008, 4, II, 441 (con nota di GUSSONI, ROSSETTI); *Giur. It.*, 2009, 10, 2196 nota di ANGIULI; *Danno e Resp.*, 2009, 1, 19, con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, LANDINI; *Corriere Giur.*, 2009, 1, 48; *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 1, 2, 97 (con nota di BUSNELLI).

Gran parte della dottrina si è, però, mostrata critica nei confronti della ricostruzione della categoria del danno non patrimoniale proposta dalle SS.UU. come categoria unitaria, all'interno della quale possono essere sì individuati tre sottotipi, ma con valenza meramente descrittiva: si veda per tutti F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 129 s. e SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, II, 2014, 517 ss.

Giova ricordare che anche in giurisprudenza la "trilogia" all'interno della categoria del danno non patrimoniale è stata messa in discussione: v. Cass., Sez. III, 20.04.2016, n. 7766 (in *Foro it.*, 2016, 6, I, 2055 con nota di PALMIERI e di PONZANELLI) che sostiene la tesi dell'individuazione della doppia dimensione fenomenologica del danno non patrimoniale, quella di tipo relazionale e quella di natura interiore, «*che presenta una sorta di simmetria carsica con la doppia dimensione del danno patrimoniale, il danno emergente (danno "interno", che incide sul patrimonio già esistente del soggetto) e il lucro cessante (che, di quel patrimonio, è proiezione dinamica ed esterna)*».

¹⁴⁸ Sulla natura "ingannevole" delle sentenze di San Martino soprattutto in relazione all'impianto concettuale unificante del danno non patrimoniale si veda F. D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 105 ss.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che quella del danno non patrimoniale è una categoria generale che consiste ne «*la lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica*» non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Ha, inoltre, ribadito il principio della tipicità, pur relativa o elastica (nel senso della non necessità di una previsione puntuale e della sufficienza di una copertura costituzionale in base alla clausola aperta di cui all'art. 2 Cost.), del risarcimento del danno non patrimoniale¹⁴⁹.

Cfr. anche C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, cit., 517.

¹⁴⁹ Sul principio di tipicità del danno non patrimoniale, v. la critica di PATTI, *Il danno biologico, quello morale e quello esistenziale: voci descrittive o ontologicamente autonome*, in Atti del Convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, "Risarcimento del danno e tecniche di liquidazione nel giudizio civile e nel giudizio amministrativo" Roma, TAR del Lazio 11-12 ottobre 2016: «Al riguardo, la Corte non si è avveduta che la tipicità del danno non patrimoniale era più facilmente sostenibile quando le ipotesi ammesse al risarcimento erano soltanto quelle di cui all'art. 2059 cod. civ./185 c.p. nonché quelle espressamente disciplinate da altre norme di legge con riferimento ad ipotesi specifiche. Ma questa tesi non sembra ancora sostenibile dopo che la stessa Corte suprema, con le note sentenze gemelle n. 8827 e 8828 del 2003 ha esattamente affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti.

Il rinvio a tali diritti, infatti, non può essere limitato a quelli previsti e "tipizzati" nelle varie norme della Costituzione che tutelano singoli interessi della persona, come ad es. la salute (art. 32), dovendosi certamente estendere ai diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2, norma che – anche grazie all'elaborazione dei diritti della personalità – ha consentito la tutela (risarcitoria) di nuovi interessi ritenuti essenziali per lo sviluppo della persona ancorché privi di espresso fondamento normativo. Il catalogo delle posizioni soggettive tutelate, come è noto, è cambiato e si è ampliato nel tempo alla luce delle mutate esigenze, e appare quindi difficile parlare di una «tipicità» delle fattispecie di danno non patrimoniale quale conseguenza della lesione di un catalogo di interessi

La tipicità relativa o elastica è integrata, all'infuori dei casi specifici determinati dalla legge, dall'ingiustizia di un danno derivante dalla lesione di interessi di rilievo costituzionale che superi anche il filtro della “gravità della lesione” e della “serietà del danno”¹⁵⁰, attraverso il quale viene attuato il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, quale dovere che la convivenza impone ex art. 2 Cost.¹⁵¹

All'interno dell'art. 2059 cod. civ. parte della dottrina ha, pertanto, individuato una duplice struttura ed una duplice funzione: la prima, punitiva e/o afflittiva, sottoposta ai presupposti dell'art. 185 c.p., che disciplina i soli danni morali da reato; la seconda, tipicamente compensativa, che consente di risarcire, sulla base degli elementi costitutivi previsti dall'art. 2043, i «danni non patrimoniali», che,

tutelati non certo caratterizzato da numerus clausus bensì continuamente soggetto ad espansioni».

¹⁵⁰ Sul punto la Corte ha chiarito che: «Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza [...]» e che i requisiti della gravità della lesione e della serietà del danno «devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sentt. nn. 17208/2002; 9266/2005, o disciplinare, SS.UU. n. 16265/2002)».

¹⁵¹ Tale filtro della soglia di offensività o soglia minima di tollerabilità è stata di recente sostenuta dalle Sezioni Unite, con sentenza del 25.02.2016, n. 3727 (in NGCC, 2016, I, 7-8, 1012-1020), anche in relazione al risarcimento del danno non patrimoniale derivante da reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale di cui all'art. 684 c.p.: persino nei casi in cui la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, mentre il requisito della gravità dell'interesse protetto può considerarsi *in re ipsa*, occorre sempre dimostrare la non futilità del danno subito.

anche in assenza di un reato, derivino dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona¹⁵².

Tuttavia, in dottrina, vi è anche chi non ha accolto l'idea della duplicità di funzioni, bensì ha attribuito al risarcimento del danno patrimoniale o solo una funzione satisfattiva o solo una funzione punitiva.

I sostenitori della teoria della natura satisfattiva della riparazione del danno non patrimoniale, pur ammettendo la diversità di funzione rispetto a quella propriamente compensativa del danno patrimoniale¹⁵³, ritengono che comunque la somma di denaro corrisposta a fronte del fatto illecito che ha causato una modificazione peggiorativa della sfera personale abbia una natura consolatoria o compensativa impropria¹⁵⁴.

¹⁵² PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 va in paradiso*, in *Danno e Resp.*, 2003, 834; PONZANELLI, *Pena privata*, cit., 4 che sostiene la duplicità di funzioni all'interno della categoria della riparazione del danno non patrimoniale, per cui qualificare anche il danno biologico come figura di pena privata «*significherebbe non percepire la profonda differenza di ratio e di contenuti sottesi alla figura stessa, assai lontani da quell'idea punitiva ed afflittiva che dovrebbe caratterizzare l'istituto del danno non patrimoniale: il danno alla salute è, infatti, intrinsecamente vicino ad esigenze riparatorie*».

A favore del riconoscimento di una funzione "composita" (satisfattiva e sanzionatoria) del risarcimento del danno non patrimoniale si veda anche DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 3, 247 ss.

¹⁵³ V. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1962, 173, che riconosce che «*il danno non patrimoniale è insuscettibile di risarcimento "per equivalente" in senso proprio, non essendo gli interessi lesi misurabili in termini monetari*».

¹⁵⁴ SALVI, *Il danno extracontrattuale*, 1985, 209; ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999 che sostiene che «*la somma corrisposta al danneggiato finisce allora per rappresentare una misura convenzionale attraverso la quale vengono indennizzate le conseguenze sfavorevoli di carattere non patrimoniale sofferte dallo stesso*».

I sostenitori della teoria della natura punitiva del danno non patrimoniale partono, invece, dal presupposto che addirittura sussista un'inconciliabilità a monte con il termine del risarcimento¹⁵⁵. Fuoriusciti, quindi, dalla categoria del risarcimento del danno, non si può non riconoscere la natura di una *“genuina figura di pena privata”* alla riparazione del danno non patrimoniale¹⁵⁶.

Secondo tale orientamento dottrinale, si potrebbe arrivare a sostenere, per tal via, che attraverso l'art. 2059 cod. civ. *«al processo civile è assegnato un ruolo di appendice ausiliaria del processo penale, servente a completare l'opera repressiva e ammonitoria avverso un numero chiuso di condotte reputate disallineate rispetto al programma prefigurato dal coevo ordine costituito»*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., 305 ed *amplius* nella sua monografia *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 258 ss. In particolare l'Autore ha sostenuto che non pare credibile *«che la somma ottenuta possa migliorare il “bilancio della felicità dell'offeso”; possa costituire, con una sorta di pudicizia o di timore malcelato dalle espressioni di un linguaggio passato, il “pretium doloris” o la “pecunia doloris” che cancella il pregiudizio patito [...]»*. Inoltre, *«l'accoglimento della teoria soddisfattoria [...] comporta di escogitare un meccanismo che mostri quale è la somma di denaro capace di procurare al portatore di un danno non patrimoniale un complesso di piaceri idonei a far scomparire il dolore sofferto»*, essendo questo un campo dominato da *“un soggettivismo eccellente”*.

¹⁵⁶ Così BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 307.

¹⁵⁷ In questi termini QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 382, che richiama la Relazione ministeriale al cod. civ. vigente, n. 803, ove si legge che la ragione della scelta di circoscrivere la risarcibilità dei danni non patrimoniali alle sole ipotesi previste dalla legge, in particolar modo alle fattispecie di reato, sta nel fatto che *«nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo»*. L'Autore propone di far tornare l'art. 2059 cod. civ. nell'ambito originario della categoria della sanzione e riconoscere nella stessa il fondamento di legittimazione per le sanzioni civili ultracompensative, orientate agli scopi di *«punire il colpevole, incentivare la*

In quest'ottica, infatti, se vale il principio secondo cui i danni alla sfera immateriale della persona “*non seri*” e “*non gravi*” non vanno risarciti, allora per definirne l'entità si dovrà tener conti del livello di anti giuridicità della condotta e non della mera intensità della sofferenza.

Da ciò deriverebbe che *«ha poco senso chiedersi se ci si trovi ancora al di qua dell'ideale frontiera che separa il risarcimento dalla sanzione, perché quella frontiera è ormai alle spalle»*¹⁵⁸.

Secondo una teoria mediana, che riuscirebbe a cogliere entrambe le “anime” del risarcimento del danno non patrimoniale, senza che ne venga sostanzialmente alterata la natura ovvero ne venga minata l'unitarietà, si dovrebbe riconoscere a tale tecnica risarcitoria una funzione mista, punitiva e compensativa impropria allo stesso tempo¹⁵⁹.

Quest'ultimo orientamento risulterebbe, peraltro, il più fedele all'insegnamento della già citata sentenza delle Sezioni Unite “San Martino” della Corte di Cassazione con riguardo alla necessaria “unitarietà” della categoria del danno non patrimoniale, che altrimenti sarebbe messa in seria crisi dall'individuazione al suo interno di una sottocategoria, rappresentata dal danno morale da reato, di natura

proposizione dell'azione processuale e quindi dissuadere i consociati dal compiere il medesimo atto o altri a esso affini».

¹⁵⁸ QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e resp.*, 2015, 5, 511 ss.

¹⁵⁹ BARATTELLA, *Le pene private*, cit., 117, che richiama, a sua volta, FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, spec. 731 e POLETTI, *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in *Le pene private*, cit., 342. Si veda anche E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 351, la quale ha rinvenuto nella gravità dell'illecito un criterio di liquidazione del danno non patrimoniale idonea a far fare ingresso ad una

sanzionatoria e come tale soggetta a criteri e principi applicativi diversi da quelli del risarcimento del danno.

La giurisprudenza maggioritaria, dal suo canto, pare accogliere espressamente la teoria satisfattiva del risarcimento del danno non patrimoniale unitariamente inteso, ritenendo irrilevanti, ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, i *nomina iuris* tradizionali delle diverse voci di pregiudizio¹⁶⁰ e richiedendo, per un verso, un rigore sul piano probatorio in ordine all'*an* del pregiudizio, e, per l'altro verso, sostenendo sul piano del *quantum* risarcitorio che lo stesso non possa mai essere liquidato in termini puramente simbolici o irrisori o comunque non correlati all'effettiva natura o entità del danno¹⁶¹.

funzione punitiva con valore "integrativo", ancorché non autonomo, accanto alla basilare funzione "solidaristico-satisfattiva" del danno non patrimoniale.

¹⁶⁰ Cfr. anche la pronuncia a Sezioni Unite del 22/07/2015, n. 15350, *cit.*, in tema di "danno tanatologico", nella quale è stato ribadito il principio dell'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale: «[...] *non sono configurabili, all'interno della categoria generale del danno non patrimoniale, cioè del danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, autonome sottocategorie di danno, perché se in essa si ricomprendano i pregiudizi scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, ovvero derivanti da fatti-reato, essi sono già risarcibili ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., interpretato in modo conforme a Costituzione, con la conseguenza che la liquidazione di una ulteriore posta di danno comporterebbe una duplicazione risarcitoria, mentre, se per danno esistenziale si intendessero quei pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona, tale categoria sarebbe del tutto illegittima, posto che simili pregiudizi non sono risarcibili per effetto del divieto di cui all'art. 2059 cod. civ.*»

¹⁶¹ La Suprema Corte nella sentenza n. 1183 del 2007 (in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 188), che ha rappresentato il *leading case* per l'esclusione dell'ammissibilità dell'ingresso nel nostro ordinamento di sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi, ha perentoriamente affermato che la risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali «è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione

In altri termini il danno non patrimoniale, sia che consegua ad una fattispecie di reato, sia che venga determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona secondo la chiave di lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., costituisce un danno-conseguenza, che quindi deve essere allegato e provato al pari del danno patrimoniale, in tutte le sue "componenti" meramente descrittive¹⁶².

Anche il danno morale da reato non si sottrarrebbe in definitiva a questa logica e alle relative regole probatorie, allorquando il dolore intimo sofferto non abbia comportato delle degenerazioni patologiche¹⁶³.

determinata dall'illecito e non può considerarsi provata "in re ipsa"». V. anche Cass., 11.1.2007, n. 392, in Giust. civ. Mass., 2007, 1; Cass., 11.1.2007, n. 394, in Resp. civ. e prev., 2008, 1, 186 (nota di MIOTTO).

¹⁶² Cfr. da ultimo Trib. Roma, 06/06/2017, n. 11515, in *Red. Giuffrè*, 2017.

¹⁶³ Ed invero, all'esito dell'intervento nel 2008 delle Sezioni Unite, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato, la sofferenza morale potrebbe essere in sé risarcita solo allorquando sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferto (ad es., dalla persona diffamata o lesa nella identità personale) senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Laddove siano dedotte tali ultime conseguenze, si rientrerebbe, invece, nell'area del danno biologico (del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, costituisce componente), con la conseguenza che la congiunta attribuzione dei due danni in tale evenienza determinerebbe (Cass. 1° giugno 2010, n. 1343, in *DeJure*, 2010) una duplicazione di risarcimento.

Il giudice dovrà, pertanto, nel caso in cui il dolore sia degenerato in danno alla salute, procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso.

In giurisprudenza è stato, infatti, molto discussa l'ontologica autonomia del danno morale, non essendo mancate pronunce che hanno sostanzialmente accolto un'impostazione interpretativa pan-biologica (cfr. A. PENTA, *Il danno morale*, in *Danno e resp.*, 2017, 1, 115).

Nell'accennata ottica soddisfattiva adottata dalla giurisprudenza, la liquidazione del danno non patrimoniale, per quanto inesorabilmente equitativa, dovrebbe essere comunque sempre volta a determinare «*la compensazione economica socialmente adeguata del pregiudizio*»¹⁶⁴, quella che l'ambiente sociale accetta come compensazione equa e congrua, dovendo tendere, in considerazione della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, alla maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento, con l'unico limite, verso l'alto, rappresentato dal divieto di duplicazioni risarcitorie e di locupletazioni da parte del danneggiato¹⁶⁵.

In altri termini, pur nella inevitabile consapevolezza della incongruità dello strumento risarcitorio a fronte del dolore dell'uomo *lato sensu* inteso, viene riconosciuta piena cittadinanza al principio della tendenziale integralità del risarcimento anche in sede di riparazione del danno non patrimoniale.

L'integralità del ristoro deve, poi, essere assicurata mediante il ricorso a criteri di liquidazione obiettivi, gli unici idonei a valorizzare le singole variabili del caso concreto e a consentire la verifica *ex post* del ragionamento seguito dal giudicante.

Tuttavia, delle tre “voci” del danno non patrimoniale, solo il danno biologico si presta davvero ad una liquidazione secondo criteri obiettivi.

Ecco perché in alcuni settori, il legislatore è intervenuto prevedendo appositi criteri per la liquidazione di tale tipologia di danno: in materia di circolazione stradale e di responsabilità del medico, nonché di lesioni da infortuni sul lavoro o

¹⁶⁴ Cass. 7.6.2011, n. 12408 in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2274 e *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2011, 4, 1665.

¹⁶⁵ V. Cass., 30.06.2011, n. 14402, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2025, con nota di ZIVIZ, oltre alla già più volte citata sentenza della Corte di Cassazione, a SS.UU., dell'11.11.2008, n. 26972.

malattie professionali sono state introdotte per via normativa delle “tabelle” per la liquidazione del danno biologico per lesioni di lieve entità¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Si fa riferimento rispettivamente agli artt. 138 e 139 del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (*Codice delle Assicurazioni private*) e dell’art. 13, commi 2 e 3, D. lgs. n. 38/2000.

Per effetto dell'art. 7, comma 4 della “*Legge Gelli-Bianco*”, dell’8 marzo 2017, n. 24 (entrata in vigore l'1 aprile 2017), «*Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice*» (disposizione imperativa ai sensi del successivo comma 5). Quest'ultima norma ricalca quella di cui all'art. 3, comma 3, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 settembre 2012, n. 214 e coordinato con la l. 8 novembre 2012, n. 189), c.d. “*Legge Balduzzi*”, secondo cui «*Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice*».

Ai sensi degli artt. 138, comma 2, lett. a) e 139, comma 2 del Codice, «*per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*».

Il danno biologico permanente per lesioni di lieve entità è quello liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al 9 per cento di invalidità. Presupposto indefettibile per l'applicazione della tabella normativa (ma anche di quella milanese) è “*l'accertamento medico-legale*” della “*lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica*” (così anche, sostanzialmente, l'art. 13 d.lgs. n. 38/2000).

Mentre l'art. 139 ha ricevuto subito attuazione, attraverso l’emanazione dell’apposita tabella emanata con decreto presidenziale e soggetto ad aggiornamenti periodici secondo gli indici ISTAT, con decreto del Ministero dello sviluppo economico, non è stata mai emanata la pur prevista “*specifico tabella unica su tutto il territorio della Repubblica*”, che avrebbe dovuto indicare (ex art. 138, comma 1, D.Lgs. cit.) sia le “*menomazioni all'integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti*” che il “*valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso*”.

Con la legge del 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), in vigore dallo scorso 28 agosto 2017, è stato modificato l'art. 138 del Codice delle Assicurazioni, ma si rimane in attesa dell'emanazione dell'apposito decreto attuativo.

Al comma 17 della suddetta legge, consistente in un unico articolo è previsto:

«Al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori, con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica:

- a) delle menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti;*
- b) del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.*

La tabella unica nazionale è redatta, tenuto conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo i seguenti principi e criteri:

- a) agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito;*
- b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità;*
- c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi;*
- d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale;*
- e) al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle*

In giurisprudenza si è discusso in ordine alla possibile applicazione analogica dei speciali criteri di accertamento e di liquidazione del *“danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità”* previsti dall’art. 139 del Codice delle Assicurazioni private. La Corte di Cassazione ha, però, definitivamente escluso l’applicabilità analogica di tali criteri all’infuori del settore della circolazione stradale e della responsabilità medica, adottando l’orientamento che *«fa leva sulla collocazione della disposizione nel "Codice delle assicurazioni private" e, in particolare, nel "Titolo X: Assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti", e sulla ratio legis, volta a dare una risposta settoriale al problema della liquidazione del danno biologico al fine del contenimento dei premi assicurativi, specie se si considera che, nel campo della r.c.a., i costi complessivamente affrontati dalle società di assicurazione per l'indennizzo delle cosiddette micropermanenti sono di*

lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione;

f) il danno biologico temporaneo inferiore al 100 per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento.

4. L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche.

5. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati accertata dall'ISTAT».

gran lunga superiori a quelli sopportati per i risarcimenti da lesioni comportanti postumi più gravi»¹⁶⁷.

Da ciò deriverebbe che, all'infuori dei settori della circolazione stradale e della responsabilità medica, la giurisprudenza ricorre al criterio dell'equità "ponderata", ossia calibrata sui precedenti giurisprudenziali aventi ad oggetto la liquidazione delle medesime tipologie di danno, ormai trasfusa – per la liquidazione del danno all'integrità psicofisica- nelle Tabelle predisposte dal Tribunale di Milano¹⁶⁸ alle quali la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto la valenza, in linea generale e nel rispetto dell'art. 3 Cost., di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno non patrimoniale, *sub specie* di danno biologico, alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ.¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Così Cass., 7.6.2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2274.

¹⁶⁸ Le Tabelle del Tribunale di Milano, già nella versione elaborata nel 2011 e, quindi, successivamente alla pronuncia delle SS.UU. dell'11.11.2008, determinano il valore finale del punto utile al calcolo del danno da lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale (danno biologico da invalidità permanente), tenendo conto di tutte le componenti non patrimoniali, compresa quella già qualificata in termini di danno morale e che nei sistemi tabellari precedenti era liquidata separatamente, prevedendo percentuali massime di aumento proprio ai fini della personalizzazione di quest'ultima tipologia di danno non patrimoniale (Cass., 5243/2014, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 7 marzo).

Dall'indagine condotta dall'Osservatorio sul Danno alla Persona, su un campione di 629 sentenze emesse tra il febbraio 2013 e il luglio 2015, è emerso che i giudici italiani abbiano fatto prevalente utilizzo dei criteri e dei valori monetari previsti dalle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano. L'unica eccezione è rappresentata dal Tribunale di Roma e dalla relativa Corte di Appello, che invece tendono ad applicare i parametri contemplati dalle tabelle capitoline.

¹⁶⁹ V. da ultimo Cass., n. 20895/2015, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 16 ottobre (con nota di FERRETTI). Tuttavia, che il danno non patrimoniale continui a non essere inquadrabile entro stringenti parametri tabellari è stato ben chiaro anche allo stesso Osservatorio per

Si tratta di dar corpo ad una nozione di equità che sia non solo regola del caso concreto ma anche garanzia della parità di trattamento¹⁷⁰, per cui non potrebbe più

la Giustizia civile di Milano che ha redatto le Tabelle, precisando che resta sempre ferma «la possibilità che il giudice moduli la liquidazione oltre i valori minimi e massimi, in relazione a fattispecie eccezionali rispetto alla casistica comune degli illeciti».

Fin quando non verrà adottato il decreto attuativo dell'art. 138 Codice delle Assicurazioni, la giurisprudenza ha ritenuto che le Tabelle milanesi rappresentino un valido criterio di liquidazione equitativa, ex art. 1226 cod. civ., anche per la liquidazione dei danni da lesioni di non lieve entità (dal 10% al 100%) conseguenti a circolazione stradale (cfr. Cass., 30.06, 2011, n. 14402, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2025, *cit.*).

¹⁷⁰ Per la nozione di equità accolta dalla giurisprudenza si veda Cass., 7.6.2011, n. 12408, *cit.*, nella quale è chiarito che l'equità racchiude in sé due caratteristiche: «La prima è l'essere essa uno strumento di adattamento della legge al caso concreto. La norma giuridica infatti, in quanto astratta, non può mai prevedere tutte le ipotesi concretamente verificabili: il che si designa con la tradizionale affermazione secondo la quale l'equità sarebbe la regola del caso concreto, individuata non attraverso un'interpretazione o estrapolazione del testo della legge, ma dello spirito di quest'ultima, inteso quale regola di adeguatezza della fattispecie astratta al caso sub iudice. Ma l'adattamento dell'ordinamento al caso concreto, attraverso la creazione di una regola ad hoc in difetto della quale pretese meritevoli di tutela resterebbero insoddisfatte (com'è per gli artt. 1226, 1374 e 2056 cod. civ.) non esaurisce il senso ed il contenuto della nozione di equità.

Essa - ed è la caratteristica che viene qui specificamente in rilievo - ha anche la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale ad eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie. Alla nozione di equità è quindi consustanziale non solo l'idea di adeguatezza, ma anche quella di proporzione. Lo attestano inequivocabilmente, tra gli altri, gli artt. 1450, 1467, 1733, 1748, 1755, 2045, 2047, 2263 e 2500 quater cod. civ.; che consentono tutti di ristabilire un equilibrio turbato, quindi una "proporzione" tra pretese contrapposte.

Così intesa, l'equità costituisce strumento di eguaglianza, attuativo del precetto di cui all'art. 3 Cost., perché consente di trattare i casi dissimili in modo dissimile, ed i casi

considerarsi legittima la liquidazione del danno non patrimoniale che faccia riferimento al criterio equitativo puro, svincolato da qualsiasi parametro di riferimento ai fini della quantificazione. Essa si tradurrebbe in una quantificazione arbitraria ed immotivata che, pur partendo dalla enunciazione di alcune premesse, non riuscirebbe a dare giustificazione delle conclusioni cui perviene.

Un criterio di tal fatta non renderebbe, altresì, evidente e controllabile l'*iter* logico attraverso il quale il giudice di merito sia pervenuto alla relativa quantificazione, né permetterebbe di stabilire se e come abbia tenuto conto realmente, nell'operare la liquidazione, della gravità del fatto, delle condizioni soggettive della persona, dell'entità della relativa sofferenza e del turbamento del suo stato d'animo, o se l'enunciazione dei criteri sia rimasta una mera affermazione di principio.

In altri termini, la giurisprudenza rifugge dal rischio della non evidenza e controllabilità della liquidazione del danno proprio perché altrimenti non sarebbe compatibile con una concezione compensativa della riparazione del danno non

analoghi in modo analogo, in quanto tutti ricadenti sotto la disciplina della medesima norma o dello stesso principio.

Equità, in definitiva, non vuoi dire soltanto "regola del caso concreto", ma anche "parità di trattamento". Se, dunque, in casi uguali non è realizzata la parità di trattamento, neppure può dirsi correttamente attuata l'equità, essendo la disuguaglianza chiaro sintomo della inappropriatezza della regola applicata.

Ciò è tanto più vero quando, come nel caso del danno non patrimoniale, ontologicamente difetti, per la diversità tra l'interesse leso (ad esempio, la salute o l'integrità morale) e lo strumento compensativo (il denaro), la possibilità di una sicura commisurazione della liquidazione al pregiudizio reddituale subito dal danneggiato; e tuttavia i diritti lesi si presentino uguali per tutti, sicché solo un'uniformità pecuniaria di base può valere ad assicurare una tendenziale uguaglianza di trattamento, ad un tempo sintomo e garanzia dell'adeguatezza della regola equitativa applicata nel singolo caso, salva la flessibilità imposta dalla considerazione del particolare».

patrimoniale, perché potrebbe del tutto prescindere dal cd. *actual harm* ed essere o del tutto arbitraria o piegata per finalità sanzionatorie occulte.

Il rischio che si corre, in assenza di criteri obiettivi di liquidazione, sarebbe, inoltre, quello di generare *«un fenomeno che, incidendo sui fondamentali diritti della persona, vulnera elementari principi di eguaglianza, mina la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia, lede la certezza del diritto, affida in larga misura al caso l'entità dell'aspettativa risarcitoria, ostacola le conciliazioni e le composizioni transattive in sede stragiudiziale, alimenta per converso le liti, non di rado fomentando domande pretestuose (anche in seguito a scelte mirate: cosiddetto "forum shopping") o resistenze strumentali»*¹⁷¹.

Ambizioso e a tratti irraggiungibile appare, però, l'obiettivo della realizzazione del principio dell'integralità del risarcimento nel caso in cui il danno morale soggettivo o il danno "esistenziale" risultino autonomi rispetto al danno biologico.

In quest'ottica si giustifica il tentativo di elaborare nuove tabelle per la liquidazione anche di queste altre voci di danno non patrimoniale, come la tabella per la liquidazione del danno all'autodeterminazione, elaborata dall'Osservatorio di Verona, o la tabella per la liquidazione del danno da diffamazione approvata dall'Assemblea Nazionale degli Osservatori di Roma 2017 e dall'Osservatorio di Milano.

La dottrina ha evidenziato che tali criteri di stima e di liquidazione utilizzati dalla giurisprudenza, in realtà, dovrebbero riguardare soltanto l'apprezzamento sociale

¹⁷¹ Così in un passaggio della motivazione: Cass. 7.6.2011, n. 12408 in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2274 e *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2011, 4, 1665.

delle lesioni ad interessi non patrimoniale e non le disutilità economiche da quelle prodotte¹⁷².

Ciò lo si deve principalmente all'oggettiva inapplicabilità delle regole giuridiche dettate in tema di risarcimento del danno patrimoniale alla riparazione del danno non patrimoniale, dove manca per definizione la perdita economica subita dalla vittima e non si può, secondo alcuni interpreti, aspirare neppure alla tendenziale integralità del risarcimento¹⁷³.

Sul piano processuale tali difficoltà di delimitazione dell'entità del danno non patrimoniale si manifesterebbero nella tendenza della giurisprudenza a ricorrere spesso in concreto all'argomento presuntivo dell'*id quod plerumque accidit*, rinunciando di fatto alla prova delle conseguenze negative del fatto lesivo, con un implicito ritorno alla categoria del danno-evento¹⁷⁴, sebbene costantemente

¹⁷² Si veda M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II ed., Milano, 2010, 4.

¹⁷³ V. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, cit., 517 ss. che precisa che anche «il parallelismo tra patrimonio in senso proprio e patrimonio "psichico" è di evidente inconsistenza, così come lo è la pseudo-equivalenza monetaria del dolore». CASTRONOVO, nel contributo *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 315, parla di "un'opera di transustanziazione" compiuta dal giudice, al quale viene affidato il compito di trasformare in risarcimento quella riparazione del danno non patrimoniale la quale in essenza esigerebbe quella patrimonialità che in ipotesi manca nel danno non patrimoniale.

¹⁷⁴ È stato, peraltro, chiarito dalla dottrina che il danno non patrimoniale solo con grande difficoltà può essere considerato come appartenente alla categoria del danno-evento, «perché il danno-evento è pur sempre un dato naturalisticamente concepito, ancorato ad interessi e beni materialmente percepibili» (DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2008, 289).

affermi la necessità che il danno non patrimoniale, al pari di quello patrimoniale, debba essere “*allegato e provato*”¹⁷⁵.

Tale ritorno è stato, però, autorevolmente escluso dalla Corte di Cassazione nel suo recente arresto in tema di irrisarcibilità del cd. danno tanatologico, che è stato distinto dal risarcibile “*danno terminale*”, da intendersi come danno patito da un soggetto che percepisce, lucidamente e con immensa angoscia, l'approssimarsi imminente della propria morte.

La Corte Suprema, nella sua più autorevole composizione, ha, infatti, ribadito che «*danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sé considerato*»¹⁷⁶.

Anche nella giurisprudenza successiva è stata affermata la tesi secondo cui la nozione di danno *in re ipsa* snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

Fedele a tali insegnamenti, la giurisprudenza maggioritaria non ritiene, quindi, ammissibile la presunzione della lesione nella sfera giuridica della vittima di un illecito (*id est* il danno, inteso come evento lesivo) semmai, è la prova delle

¹⁷⁵ V. *ex plurimis* Cass., 18.11.2003, n. 17429, in *Foro it.*, 2004, I, 766.

¹⁷⁶ Cass., sez. un., 22.07.2015, n. 15350, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1530 (con nota di BONA) che affermano che la deroga al principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza sarebbe «*difficilmente conciliabile con lo stesso sistema della responsabilità civile, fondato sulla necessità ai fini risarcitori del verificarsi di una perdita rapportabile a un soggetto*», sicché «*l'anticipazione del momento di nascita del credito risarcitorio al momento della lesione verrebbe a mettere nel nulla la distinzione tra il "bene salute" e il "bene vita" sulla quale concordano sia la prevalente dottrina che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità*».

conseguenze dannose derivanti dall'illecito, che potrebbe riconoscersi *in re ipsa*¹⁷⁷.

Sul piano probatorio è stato ammesso, infatti, che l'attore in giudizio possa godere di «*facilitazioni agganciate al congegno presuntivo (artt. 2727-2729 cod. civ.), distinguendo tra conseguenze generalmente determinate, secondo l'id quod plerumque accidit, da una particolare lesione e conseguenze specificamente legate alla situazione del danneggiato*»¹⁷⁸.

Si tratta, quindi, di facilitazioni probatorie che operano sul piano della quantificazione del danno risarcibile e solo se è stato assolto l'onere probatorio in ordine all'*an*, ossia alla sussistenza del danno.

¹⁷⁷ La giurisprudenza ha espressamente ritenuto ammissibile la prova testimoniale, in grado di attestare uno stato di sofferenza fisica o psichica, o il ricorso a presunzioni semplici: Cass. civ., sez. III, 14 agosto 2014, n. 17974, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2013, n. 22100, *ivi*, 2013. In dottrina ridimensiona le difficoltà legate agli aspetti probatori G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 173: «*Le probabilità che un soggetto non tragga la minima scossa dall'offesa rivoltagli, o dal turbamento delle condizioni di tranquillità nelle quali è abituato a condurre la propria esistenza, sono infinitamente ridotte, ed appare quindi verosimile che in via tendenziale – ed il diritto opera a questo livello statistico – tali voci di danno siano rintracciabili nella maggioranza dei soggetti, sorgendo così una mera presunzione che, però, risultando particolarmente qualificata, è idonea di per sé a costituire un mezzo probatorio sufficiente a giustificare la richiesta attorea*».

¹⁷⁸ Da tale pronuncia emerge l'avvicinamento ai sistemi di *common law* che prevedono, in materia di liquidazione del danno non patrimoniale, la risarcibilità del *general damage*, molto vicino al nostro danno *in re ipsa*, insieme allo *special damage*, oggetto di prova specifica da parte della vittima (cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, IV, Milano, 1999, 610).

Ne conseguirebbe che non tutti i danni dispensati dall'onere della prova dovrebbero essere considerati autenticamente punitivi, ma al massimo si potrebbe ad essi riconoscere natura non riparatoria¹⁷⁹.

La dottrina ha, però, ravvisato una distanza tra le affermazioni di principio fatte dalla giurisprudenza sulla natura essenzialmente satisfattiva della riparazione del danno non patrimoniale e la concreta liquidazione dello stesso.

L'attenzione degli studiosi si è focalizzata sui criteri sanzionatori che avrebbero adottato i giudici nei loro provvedimenti soprattutto in tema di illeciti a mezzo stampa, lesivi di onore, riservatezza, identità personale o immagine del danneggiato.

In svariate pronunce di merito, infatti, sono stati utilizzati criteri di liquidazione come quelli legati all'efferatezza e/o riprovevolezza della condotta del danneggiante, di matrice più prettamente sanzionatoria¹⁸⁰.

¹⁷⁹ G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., 330.

¹⁸⁰ V. ad es. la raccolta delle pronunce rese dal Tribunale di Bologna dal 1994 al 2002 fatta da BARATTELLA, *Le pene private*, cit., 125-137. V. anche GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 102, che sostiene che nei casi di lesione dei diritti della personalità «la configurazione dell'obbligazione risarcitoria è in gran parte sganciata dalla prova dell'esistenza di danni effettivi; i quali vengono desunti in re ipsa e molto spesso commisurati a parametri per lo meno insoliti in sede di risarcimento del danno, quali per esempio la gravità della fattispecie lesiva, la gravità della colpa, la condizione patrimoniale del responsabile della lesione, nonché ancora l'entità dell'arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto».

Per ricondurre tali criteri ad una logica puramente compensativa, il danneggiato dovrebbe fornire la difficile prova della sussistenza del nesso di causalità tra le particolari modalità della condotta del danneggiante – sotto il profilo delle modalità offensive e dell'elemento soggettivo – e la maggiore sofferenza provata, sub specie di danno morale soggettivo.

Ed invero, sebbene ancora di recente la Suprema Corte abbia affermato che la somma di denaro a titolo di riparazione del pregiudizio causato da diffamazione a mezzo stampa debba essere “compensativa”¹⁸¹, non ha escluso la validità del *«criterio di giudizio per il quale la prova del danno non patrimoniale da diffamazione a mezzo stampa può essere data con ricorso al notorio e tramite presunzioni (cfr. Cass. n. 24474/14 tra le altre), assumendo, a tal fine, come idonei parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della persona colpita, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale (cfr. Cass. n. 18174/14, in motivazione)»*¹⁸².

Tali criteri sono stati, peraltro, di recente trasfusi nella già citata tabella per la liquidazione del danno da diffamazione approvata dall'Assemblea Nazionale degli Osservatori di Roma 2017 e dall'Osservatorio di Milano.

In sede di approvazione, si è registrato un vivace dibattito proprio in relazione all'opportunità o meno di mantenere il criterio dell'elemento psicologico in capo all'autore della diffamazione, quale parametro di quantificazione del pregiudizio. Dopo ampia discussione, l'Assemblea è giunta alla conclusione che l'indicazione dell'elemento soggettivo non rappresenti uno strumento attraverso cui far assumere al danno da diffamazione una funzione punitiva, ma costituirebbe invece un indice utile per valutare la sofferenza inferta al danneggiato che, verosimilmente, potrebbe avere un patimento maggiore in presenza di una maggiore intensità dell'*animus diffamandi*¹⁸³.

¹⁸¹ Cass., sez. III, 05/12/2014, n. 25739, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014.

¹⁸² Cass., sez. III, 25/05/2017, n. 13153, in CED Cassazione, 2017.

¹⁸³ Un altro settore nel quale è stato di recente codificato il criterio della qualità della condotta dell'agente tra quelli ai quali il giudice “deve” ricorrere per la liquidazione del

La giurisprudenza è stata, perciò, spesso tacciata di scarso coraggio nell'ammettere la portata e funzione prevalentemente punitiva della liquidazione di danni non patrimoniali, quantomeno in caso di lesione dei diritti della personalità, nascondendosi dietro il velo dell'esigenza della riparazione integrale del soggetto leso nella propria sfera personale¹⁸⁴.

danno è il settore della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria. L'art. 7, comma terzo, della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie) così recita:

«L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge».

Sul punto è, quindi, sorto un dibattito in ordine all'acquisita natura punitiva del risarcimento del danno, non solo non patrimoniale, in questo settore (v. *explurimis*, N. DE LUCA- M. FERRANTE, *La responsabilità civile in ambito sanitario* (artt. 7-9 L. 8 marzo 2017, n. 24), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 4, 740), cosicché è stato rivitalizzato il tema dei cosiddetti risarcimenti aggravati dalla condotta (cfr. da ultimo, ARNONE-CALCAGNO- MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit.).

¹⁸⁴ Sul punto si veda, P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, in P. CENDON (a cura di), *Il Diritto Italiano nella Giurisprudenza*, Torino, 2012, 456, la quale evidenzia che «il richiamo, da parte del giudice, di questo o quel parametro di quantificazione serve esclusivamente a fornire - sul piano formale - la motivazione in ordine alla somma liquidata alla vittima, ed evitare che tale liquidazione possa essere sindacata in sede di legittimità (Cass. 14 novembre 2000, n. 14752, in *Giust. civ.*, 2001, 1610). La Cassazione, nel valutare la congruità di delle motivazioni addotte dal giudice di merito, deve limitarsi a verificare se lo stesso abbia fatto riferimento ad uno o più criteri di valutazione».

Significativa è stata la vicenda giudiziaria legata al risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della *privacy* del calciatore Vieri: E. SERANI, *Il caso "Vieri" e il danno non patrimoniale da lesione della privacy del calciatore*, in *Riv. it. med. lega.*,

Non si potrebbe, infatti, occultare una fisionomia punitiva e/o sanzionatoria nel risarcimento del danno derivante da condotte percepite come fortemente lesive di alcuni principi generali di diritto civile e per questo reclamanti somme sempre più elevate, anche a favore di persone giuridiche ed enti rappresentativi di comunità, pur in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso.

Molto significativa è stata, per esempio, la sentenza del Tribunale di Bologna che ha liquidato nella somma di un miliardo di euro il risarcimento del danno non patrimoniale arrecato all'identità e all'immagine dello Stato italiano per la strage di Bologna del 2 agosto 1980¹⁸⁵.

In tal caso, infatti, i giudici hanno superato il classico problema della mancanza di un mercato e quello conseguente di quantificazione del danno, adottando il criterio della gravità del reato commesso – delitto di strage ex art. 422 c.p. – e dell'importanza suprema dei beni che sono stati lesi, in modo del tutto sganciato

2013, 1072, in nota a T. Milano, 3 settembre 2012, *Vieri c. Soc. Telecom Italia*; S. PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*, in *Resp. civ.*, 2013, 225; R. FOFFA, *Il caso "Vieri": quanto vale la lesione della privacy*, in *Danno e resp.*, 2013, 51. In appello la somma di € 1 milione è diventata di € 80.000 con gli interessi legali fino al saldo: App. Milano 5 maggio 2015, pubblicata in *Danno e resp.*, 11/2015, 1047 ss., con note di PONZANELLI e FOFFA.

¹⁸⁵ Tribunale Bologna, 10.11.2014, in *Danno e resp.*, 7, 2015, 713 ss.

Per gli altri precedenti giudiziari più recenti nei quali appare nitida la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale si veda PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 6, 2015, 1195 ss. L'Autore richiama anche la vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti la Fininvest e la CIR per il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti quale conseguenza della corruzione di un giudice, conclusasi con una sentenza del Tribunale di Milano che ha sostanzialmente applicato i criteri della Legge Pinto per la liquidazione del danno (v. anche M. BONA, *Tortius interference with business relationships, rimedio effettivo, "nuova" (ulteriormente raffinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 489).

dal danno, con un evidente intento sanzionatorio. La scelta di una condanna esemplare nei confronti degli autori della strage, che prevedibilmente non produrrà neppure effetti soddisfatti per lo Stato italiano, è stata comunque giustificata dalla dottrina per la sua “necessità” a causa dell’eccezionalità e particolare gravità della vicenda¹⁸⁶, sicché può ragionevolmente escludersi la sua valenza di “*precedente giurisprudenziale*”.

Non si può altrettanto escludere la valenza di “precedente” alla ancora più recente pronuncia della Corte di Cassazione con la quale è stato perentoriamente affermato che la “*gravità dell’offesa*” è requisito la cui indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno si desume, sia pur *e contrario*, dalle stesse sentenze delle Sezioni Unite dell’11 novembre 2008. Sulla base di tale argomento, la Corte ha, infatti, censurato il “malaccorto tentativo” della Corte d’Appello di minimizzare l’offensività di una vicenda di discriminazione a causa dell’orientamento sessuale dell’attore e di lesione della sua *privacy*¹⁸⁷.

Nonostante la laconica motivazione della Corte, che sembra anche male interpretare il precedente delle Sezioni Unite del 2008¹⁸⁸, appare evidente che il

¹⁸⁶ Si veda M. FRANZONI, *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*, in *Danno e resp.*, 7, 2015, 713 ss.

¹⁸⁷ Cass., sez. III, 22.01.2015, n. 1126, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, 2 luglio, con nota di EPISCOPO, e in *Danno e resp.*, 2015, 5, 511 con nota di F. QUARTA.

¹⁸⁸ Ed invero, l’unico riferimento che le Sezioni Unite del 2008 hanno fatto alla gravità dell’offesa era piuttosto relativo all’individuazione dei requisiti per la risarcibilità del danno non patrimoniale, in modo da impedire la deriva risarcitoria verso danni bagattellari. Come è stato correttamente evidenziato «*il danno – quello risarcibile – resta un danno-conseguenza ed è esattamente alle conseguenze (nella sfera della vittima) che finora si è chiesto di prestare attenzione, quale tetto massimo per la definizione del quantum*» (così F. QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell’offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e resp.*, 2015, 5, 511 ss.).

criterio della gravità dell'offesa colori in chiave sanzionatoria il risarcimento del danno non patrimoniale.

L'utilizzo di criteri di tal genere potrebbe, comunque, essere giustificato dagli strenui sforzi fatti dalla giurisprudenza di garantire una liquidazione del danno non patrimoniale quanto più "equa" possibile, attraverso anche l'utilizzo di tabelle vincolanti.

Diffusa è, infatti, la consapevolezza in giurisprudenza dell'impossibilità di introdurre per via pretoria forme di risarcimenti punitivi attraverso i richiami agli artt. 25, II co. e 23 Cost. – correlati anche all'art. 24 Cost. - che impongono l'intermediazione legislativa per qualsivoglia pronuncia di condanna a risarcimenti punitivi e non consentono di «*imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati*» che condurrebbero ad un “*incontrollato soggettivismo giudiziario*”¹⁸⁹.

Il principio compensativo, non a caso, è considerato predicato del principio di certezza del diritto e garanzia del principio di libertà, in quanto assicura al danneggiante che la somma che dovrà corrispondere al danneggiato non sia imprevedibile ed irragionevole¹⁹⁰. Tale principio è, altresì, il corollario di una

¹⁸⁹ Così ancora le Sez. Un., 5.07.2017, n. 16601, *cit.*

C'è chi in dottrina auspica l'introduzione di una norma che tipizzi i criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale: P. CENDON, *Sulla riforma del danno non patrimoniale*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 13 marzo 2017.

¹⁹⁰ Tale principio è stato ampiamente condiviso anche dalla giurisprudenza comunitaria ed EDU (Corte di Giustizia, 6.03.1996, C-46/93 e C-48/93; *Brasserie du pecheur SA c Rep. fed. tedesca* e *The Queen c. Secretary of State for Transport*; Corte EDU 18.02.1999, *Cable e altri c. UK* [par. 30]).

regola fondamentale del nostro sistema del diritto privato secondo la quale ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla¹⁹¹.

Dall'esame della giurisprudenza maggioritaria appare, quindi, evidente l'accoglimento della tesi della necessità di un'espressa previsione legislativa che consenta di derogare alla regola dello stretto aggancio della condanna alla prestazione patrimoniale di carattere risarcitorio al danno derivante dall'evento lesivo che rappresenta, da un lato, il presupposto indefettibile per l'operatività del risarcimento del danno e dall'altro ne segna le frontiere.

È vero, però, che la sola difficoltà di adeguamento della prestazione risarcitoria alle conseguenze dannose dell'evento lesivo «*non è necessariamente indice del fatto che si è entrati nel campo di applicazione delle pene private*»¹⁹² e che, quindi, si siano superate le frontiere del risarcimento.

Riconoscere la difficoltà oggettiva di liquidare il danno non patrimoniale sarebbe, anzi, proprio indice dell'accoglimento di una prospettiva compensativa¹⁹³.

L'adozione di criteri squisitamente sanzionatori, quali sono quelli che, ad esempio, tengono conto della condotta dell'agente e delle sue condizioni patrimoniali in sede di liquidazione del danno non patrimoniale, non basterebbe

¹⁹¹ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale*, cd. *perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, cit., 315 ss., par 4.

¹⁹² GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 85-86.

¹⁹³ PONZANELLI ha sostenuto, infatti, che non ci può essere spazio, salvo una diversa valutazione da parte del legislatore, per l'applicazione di rimedi non compensativi nel settore del danno alla persona, in quanto la valutazione del danno, anche per i suoi immediati riflessi assicurativi è determinata da misure convenzionali di tipo collettivo, che ne garantiscono l'equità (*La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite- Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827 ss.).

da sola a determinare la fuoriuscita dall'area del risarcimento per fare ingresso nel settore della pena privata in senso tecnico¹⁹⁴. Ciò per l'assorbente ragione che la condanna pecuniaria rimane comunque fondata sull'accertamento sia della gravità della lesione sia della serietà del pregiudizio, secondo i dettami delle Sezioni Unite "San Martino" del 2008 già più volte citate.

Ed invero, la gravità della lesione proprio perché consiste in una lesione di un bene immateriale che non è ontologicamente quantificabile in termini monetari, va definita necessariamente in proporzione alle caratteristiche assunte dalla condotta offensiva, che non possono non condizionare la valutazione del disagio arrecato alla vittima¹⁹⁵.

Proprio la natura sfuggente e indefinita di questo pregiudizio, impossibile da conciliare con una visione meramente economica, induce a ridimensionare la logica compensativa, calzante semmai solo per il danno biologico, oltretutto ad arricchire e vivificare parametri soggettivi¹⁹⁶.

L'utilizzo di tali parametri soggettivi risulterebbe, anzi, funzionale alla piena attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale, in quanto se la

¹⁹⁴ V. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 97: « [...] la linea di demarcazione tra risarcimento del danno e pene private in senso stretto non è tanto costituita dal fatto che si tratti di danni suscettibili o meno di valutazione rigorosa, quanto dal fatto che vengano altresì presi in considerazione fattori che non attengono all'entità del danno in sé e per sé, ma piuttosto alla sfera personale del soggetto agente, quali per esempio il grado di colpevolezza nonché ancora l'arricchimento realizzato mediante il fatto ingiusto». Sui criteri di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria in chiave punitiva: GALLO, *ibidem*, 195 ss.

¹⁹⁵ Cfr. I. ALVINO, *Sulla questione della risarcibilità dei cd. «danni punitivi» alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*, in *Argomenti dir. lav.*, 2016, 3, 573.

¹⁹⁶ Questo passaggio è evidenziato da E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 376.

valutazione del bene leso non può che essere uguale, secondo un criterio di uguaglianza formale, che impone un'uniformità di valutazione, non può anche non «*risentire delle modalità soggettive con le quali la stessa azione è stata posta in essere e dell'influenza che tali modalità possano aver avuto sulle situazioni soggettive protette*», secondo un criterio di uguaglianza sostanziale, che impone una flessibilità ed elasticità della valutazione.

Da ciò conseguirebbe che «*il maggior risarcimento dovuto, frutto di una valutazione personalizzata del danno, riflette una sensibilità deterrente e acquista una chiara funzione punitiva*»¹⁹⁷, ma senza che venga alterata la natura dello strumento risarcitorio.

Non si può, quindi, parlare del risarcimento del danno non patrimoniale quale esempio di sanzione privata, perché resta primaria la funzione compensativa, mentre quella punitiva può essere a seconda dei casi solo “ancillare” o “trainante”¹⁹⁸, in un’ottica di “personalizzazione” del risarcimento.

¹⁹⁷ Cfr. MONATERI–ARNONE–CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., 55.

¹⁹⁸ Così BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di Sirena, Milano, 2011.

Si vedano anche MONATERI- ARNONE- CALCAGNO, *op. ult. cit.*, 39, i quali sostengono che «*quando abbiamo a che fare con l'onore di una persona, o i suoi diritti della personalità, ovvero con le sue sofferenze morali, ci riferiamo in realtà a “beni” che hanno un valore per il soggetto che non può essere suscettibile di apprezzamento interindividuale. Si tratta di situazioni in cui la valutazione del bene promana solo dal soggetto che lo possiede. Perciò in questi casi il risarcimento del danno prescinde da criteri intersoggettivi di mercato, ma può ovviamente tenere conto della gravità e dell'ampiezza della lesione portata a tali beni morali, cercando con ciò di prevenire possibili lesioni dello stesso tipo*».

Nessun appunto critico si potrebbe allora fare alla notazione della Suprema Corte in ordine alla difficoltà di delineare *«il confine tra compensazione e sanzione quando l'illecito incide sui beni della persona, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato»*¹⁹⁹.

In altri termini, l'adozione insieme a criteri compensativi o satisfattivi di un criterio come quello della gravità dell'offesa, che appare propriamente ispirato all'esigenza sanzionatoria, non sarebbe di per sé idoneo a colorare in termini punitivi l'intero risarcimento del danno non patrimoniale e, quindi, a snaturarlo.

Il problema principale consiste, quindi, nel tracciare la linea di confine tra riparazione e punizione, tenendo conto che al risarcimento del danno non patrimoniale, strumento intrinsecamente coerente a logiche di mercato, è affidato il compito impegnativo di assicurare la tutela piena dei valori della persona²⁰⁰ anche in una prospettiva solidaristica, sì da non poter parlare mai solo di una funzione compensativa.

Da ciò non deriverebbe, però, la collocazione del danno non patrimoniale al di fuori dei rimedi risarcitori o addirittura al di fuori del sistema della responsabilità civile, perché il presupposto per l'operatività dell'art. 2059 cod. civ. continua a rimanere il verificarsi di un "danno" nella sfera soggettiva nella vittima, rispetto al quale la liquidazione dello stesso rimane ispirata ad una logica prevalentemente consolatoria, sicché, pur non essendo l'esatto corrispondente matematico del

¹⁹⁹ Così sempre la Suprema Corte nell'ordinanza del 16.05.2016, n. 9978, *cit.*

²⁰⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909 ss.

pregiudizio arrecato dalla lesione è tuttavia legato ad esso da una “*rigorosa proporzionalità*”²⁰¹.

3.2. I danni punitivi.

La locuzione “danni punitivi” rappresenta la traduzione letterale e pedissequa dell’espressione utilizzata nei sistemi di *common law* per indicare l’istituto dei *punitive damages*. L’evoluzione dello stesso negli ultimi venti anni e il suo tentativo di ingresso nel nostro sistema, attraverso il meccanismo della delibazione delle sentenze dei giudici stranieri, ha rappresentato solo una nuova occasione per lo studio dei rimedi non riparatori e delle pene private da parte della dottrina italiana²⁰².

Nessuno studio sui danni punitivi e sulla loro effettiva natura risarcitoria o sanzionatoria può, però, prescindere da una precisazione di carattere terminologico e comparatistico.

I *punitive damages* rappresentano una particolare categoria di danni che sono solitamente concessi al danneggiato²⁰³ in aggiunta ai danni compensativi e

²⁰¹ Così NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 377 ss. Cfr. anche E. D’ALESSANDRO, *Pronunce di americane di condanna al pagamento dei punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 3, 399.

²⁰² Risale, infatti, all’ormai lontano 1984 il primo convegno sulla riscoperta delle pene private, gli atti del quale sono convogliati nell’opera *Le pene private*, a cura di BUSNELLI e SCALFI, cit., seguito dal convegno tenutosi a Siena nel 2007 dedicato al “*La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*” (atti a cura di P. SIRENA, Milano, 2011).

²⁰³ Non sono infrequenti le ipotesi nelle quali parte dei danni punitivi confluisce in fondi comuni di raccolta amministrati dallo Stato (fondi appositi o fondi generali), secondo un cosiddetto “*split-recovery scheme*”, al fine di evitare ingiustificati ed eccessivi guadagni per l’attore, nonché di diminuire il numero dei processi, limitando i danni risarcibili, per cercare di risolvere la crisi del sistema economico e assicurativo.

quantificati in modo da produrre un effetto deterrente nei confronti di condotte analoghe a quella dannosa oggetto di giudizio sia nei confronti del sanzionato (cd. funzione specialpreventiva), sia nei confronti della generalità dei consociati (cd. funzione generalpreventiva).

Essi sono nati all'interno di un peculiare sistema giudiziario fondato sulle *Assizes* o *Assize Court*²⁰⁴ e la loro origine si fa risalire generalmente ai due casi del 1763 *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*²⁰⁵, rispettivamente relativi ad una fattispecie di diffamazione a mezzo stampa e di arresto illegale, nei quali erano stati liquidati danni in misura superiore a quelli effettivamente subiti dagli attori.

Nel sistema anglosassone due sono state le tesi di maggior rilievo elaborate dalla dottrina per spiegare l'origine dei danni punitivi.

La prima si fonda sul ruolo svolto dalla giuria, che svolge funzioni sia investigative sia propriamente giudiziarie ed esercitava un potere discrezionale quasi senza limiti nel modellare il *quantum* del danno²⁰⁶.

La seconda tesi, invece, sostiene che l'origine dei *punitive damages* sia legata alla necessità di compensare danni morali che inizialmente non erano considerati risarcibili secondo il *common law*, riconoscendogli così un'anima compensativa.

²⁰⁴ Si tratta delle Corti regie istituite da Enrico II che prevalsero via via sulle autorità giurisdizionali locali delle contee, trasferendosi dalla capitale londinese nelle periferie per amministrare la giustizia. Tali Corti si avvalevano delle giurie composte da abitanti del posto affinché svolgessero sia funzioni investigative sia la funzione di determinare l'ammontare dei danni – *assessment of damages* (v. *amplius*, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, 500 ss.).

²⁰⁵ *Court of Common Pleas*, 1763, *Wilkes v. Wood*, 98, *Eng. Rep.*, 489 e *Huckle v. Money*, 95, *Eng. Rep.*, 768.

²⁰⁶ L'unico strumento di controllo era rappresentato dal *writ of attain* solo nel caso in cui esisteva la prova certa della falsità del verdetto.

Attenta dottrina ha, però, individuato in entrambe le teorie la spiegazione delle origini dei danni punitivi, il cui sviluppo indisturbato ha indotto la giurisprudenza inglese ad adottare successivamente un orientamento restrittivo.

Risale al 1964 il caso *Rookes v. Barnard*, deciso dalla *House of Lords* che fissò dei limiti rigorosi alla liquidazione dei *punitive damages* da parte delle giurie. Oltre alla prova dell'oltraggiosità della condotta del danneggiante²⁰⁷- richiesta comunque sin dal XVIII secolo- la *House of Lords* stabilì che tali danni potessero essere liquidati solo nel caso in cui il danneggiante fosse un “*servant of the government*”²⁰⁸ e ottenesse un profitto calcolato come superiore ai danni compensativi, oltreché in tutti gli altri casi previsti dalla legge di fonte parlamentare²⁰⁹.

Nella medesima pronuncia è fatta anche la distinzione tra la categoria dei danni esemplari-punitivi e quella dei danni aggravati (*aggravated damages*): solo questi

²⁰⁷ Sull'origine dei danni punitivi si veda la completa monografia di F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 1 ss.

Per “oltraggiosità” della condotta, la giurisprudenza inglese intende la prova della *malice*, oppressione o *gross fraud* ovvero «*un atto oppressivo, arbitrario o incostituzionale da parte dell'amministrazione dello Stato*» (come si legge nella già citata pronuncia della *House of Lords* del 1964, *Rooks v. Barnard*: «*where there is “oppressive or unconstitutional action by the servant of the government” [...]*).

²⁰⁸ Il riferimento al “*servant of the government*”, secondo la definizione data da Lord Diplock in *Broome v. Cassell*, va intesa in senso ampio comprendendo “*all persons purporting to exercise powers of government, central or local, conferred upon them by statute or at common law by virtue of the official status or employment*”.

²⁰⁹ Tali limiti sono stati, poi, confermati dalla *House of Lords* nel 2001 nel caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, a dimostrazione che per la giurisprudenza inglese i *punitive damages* rappresentano un rimedio estremo di cui non si deve abusare.

ultimi avrebbero una funzione compensativa e sono dipendenti dalla particolare intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante²¹⁰.

Appare, quindi, evidente una tendenza in Inghilterra a rendere controllabili e prevedibili i *punitive damages*, peraltro, differenziandoli da quelli di natura compensativa.

Maggiore fortuna e diffusione hanno avuto, invece, i danni punitivi negli Stati Uniti di America, dove a partire della metà del secolo scorso hanno trovato un “fertile terreno di applicazione”²¹¹, soprattutto nel settore della *product liability* e delle *mass tort litigations*²¹².

Tra le ragioni della loro fortuna va senz'altro annoverata la nota prassi processuale statunitense, definita “*american rule*”, secondo la quale le spese legali devono restare a carico di ciascuna delle parti in causa, salvo per i casi ove la legge consenta espressamente la loro distribuzione secondo il criterio della

²¹⁰ Sul punto v. QUARTA, *op. ult. cit.*, 312 ss. che affronta il problema relativo alla natura punitiva anche delle liquidazioni del danno aggravato quale generoso ristoro alla vittima di condotte dolose e gravemente lesive della dignità umana in aggiunta al risarcimento per *pain and suffering*, sicché resta il «sospetto che negli *aggravated damages* la funzione punitiva, uscita dalla porta della House of Lords, possa essere rientrata dalla finestra delle applicazioni quotidiane compiute dalle corti territoriali».

²¹¹ PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 436.

²¹² Dall'analisi della giurisprudenza nordamericana sono cinque le categorie dei casi di *product liability* in cui i danni punitivi sono stati tradizionalmente concessi: quelli di condotta fraudolenta, di violazione di disposizione in materia di sicurezza, di inadeguatezza dei controlli, di assenza di avviso di rischio sul prodotto e di incapacità di rimediare ai difetti del prodotto successivamente alla sua entrata sul mercato (v. BENATTI, *Correggere e punire* [...], *cit.*, 38-39).

soccombenza. Ebbene, i danni punitivi offrirebbero una copertura per queste spese in favore della vittima di un danneggiamento doloso, in chiave compensativa.

Senonché nella giurisprudenza nordamericana risulta maggioritaria la tesi della natura sanzionatoria e afflittiva dei *punitive damages*²¹³, quantificati secondo i flessibili criteri della natura del danno, del tipo di azione e della condizione sociale ed economica del danneggiante.

Ciò spiega perché non sono mancate pronunce delle corti nordamericane quantomeno scettiche in ordine all'ammissibilità di sanzioni affini a quelle penali non rispettose delle procedure garantistiche proprie del processo penale²¹⁴.

Con grande anticipo rispetto al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in Italia, negli Stati Uniti d'America si è posta la questione della legittimità costituzionale dei danni punitivi, in particolare con riferimento all'ottavo emendamento che dispone che: «*Non si dovranno esigere cauzioni esorbitanti, né imporre sanzioni pecuniarie eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate*».

²¹³ V. BENATTI, *op. ult. cit.*, 29-30. Anche negli studi dell'analisi economica del diritto ai *punitive damages* vengono attribuiti le funzioni deterrente e punitiva, quali funzioni economicamente efficienti (v. ad es. D.D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 Cal. L. Rev., 3, 13, 1982).

²¹⁴ V. sul punto PONZANELLI, *op. ult. cit.*, 438-439, che riporta una pronuncia del 1873 (Corte Suprema del New Hampshire, in *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342) nella quale i danni punitivi sono stati pesantemente definiti come una «*monstrous heresy...an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law*» (spec. nt. 10).

Non a caso, la Corte Suprema in tre sentenze ha sottolineato come la garanzia della «*Double Jeopardy Clause*», prevista dal quinto emendamento e corrispondente al nostro «*ne bis in idem*», si debba estendere anche ai *punitive damages*, dovendo guardare la funzione della sanzione e non la sua qualifica formale (v. F. BENATTI, *Correggere e punire* [...], *cit.*, 73-74).

Si tratta della cosiddetta *excessive fines clause* - già introdotta nel cap. 20 della Magna Charta e all'art. 10 del Bill of Rights inglese del 1689 - che è stata considerata applicabile sia alle sanzioni pecuniarie penali sia a quelle civili, nelle quali si fanno rientrare, quindi, i danni punitivi²¹⁵.

Dallo studio di un'attenta dottrina²¹⁶ è, tuttavia, emerso che il contrasto con l'ottavo emendamento ha attualmente assunto minor rilievo rispetto al contrasto con il XIV emendamento - *Due Process Clause* - che stabilisce come «nessuno possa privare alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale».

Nel 1996, infatti, la Corte Suprema, con il caso *BMW of North America Inc. v. Gore*²¹⁷, dichiara per la prima volta l'incostituzionalità dei *punitive damages* perché *grossly excessive* e fissa i criteri per determinare la legittimità degli stessi

²¹⁵ In realtà, nel *leading case* "*Ingraham v. Wright*" [430 U.S. 651 (1977)] la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America aveva sostenuto che le garanzie previste dall'VIII emendamento fossero destinate ad operare esclusivamente rispetto alle sanzioni comminate in dipendenza di illeciti penali. La dottrina ha, invece, sempre preferito un approccio interpretativo cosiddetto funzionale rispetto a quello formale adottato dalla Corte Suprema, estendendo l'ambito di applicazione della garanzia costituzionale in oggetto ai danni punitivi (cfr. M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175 ss.).

²¹⁶ Ci si riferisce sempre al lavoro di BENATTI, *Correggere e punire* [...], cit., 75 ss.

²¹⁷ 517 U.S. 559 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, 421 con nota di PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni «grossly excessive»*. La Corte Suprema non ha esitato a dichiarare la manifesta eccessività del risarcimento punitivo stabilito dalla Corte territoriale, aggiungendo che «le più elementari nozioni di giustizia ed equità [...] impongono che a una persona sia dato un giusto preavviso in ordine non soltanto al tipo di condotta vietata, ma anche all'entità della sanzione che uno Stato può comminare». In altri termini, il principio richiamato è quello dell'«*ex post facto clause*» o del «*nulla poena sine lege*».

(*guideposts*). Secondo la Corte, i tre criteri di legittimità dei danni punitivi riguardano la gravità della condotta (*degree of reprehensibility*), l'esistenza di un rapporto ragionevole sia tra danni punitivi e danni compensativi (*ratio*), sia fra danni punitivi e le altre sanzioni eventualmente previste per condotte analoghe a quella dannosa (*sanctions for comparable misconduct*).

Tali criteri sono stati considerati dalla Corte idonei a rendere i danni punitivi prevedibili, sia pur per grandi linee, da parte di qualunque potenziale danneggiante, limitando la discrezionalità dei giudici e delle giurie entro i limiti della ragionevolezza²¹⁸.

Nel 2003 con il caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*²¹⁹, la Corte Suprema, riaffermando il principio secondo cui la *due process clause* limita l'ammontare dei danni punitivi, ha specificato ulteriormente i tre criteri fissati nella precedente pronuncia *BMW v. Gore*²²⁰.

²¹⁸ La ragionevolezza della sanzione pecuniaria è garantita dalla sua proporzionalità rispetto al disvalore della condotta del danneggiante, tant'è vero che in molti Stati sono previsti dei limiti per l'utilizzo del criterio delle condizioni patrimoniali del danneggiante, utilizzato spesso quale strumento di personalizzazione dell'effetto deterrente.

²¹⁹ 538 U.S. 408 (2003), in *Foro it.*, 2003, IV, 356, con nota di PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

²²⁰ Anche nel 2007 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, con sentenza del 20 febbraio, nel celebre caso *Philip Morris Usa v. Williams*, ha ribadito i principi della "sentenza Gore" e ha negato la correttezza del criterio utilizzato dal giudice statale che ha tenuto conto della posizione di tutti coloro che, pur essendo state vittime della frode, non avevano instaurato il relativo giudizio, al fine di evitare un vero e proprio *windfall* per il *plaintiff*, ossia una sorta di vincita alla lotteria (in *Foro It.*, 2008, 177).

Giova considerare a questo punto che la materia dei danni punitivi appartiene da sempre alla competenza dei singoli Stati, non essendo oggetto di competenza esclusiva federale²²¹, sicché ogni Stato ha potuto modellarne funzioni e limiti²²².

Sebbene la quasi totalità degli Stati americani considerino ammissibili i *punitive damages*, in alcuni Stati i danni punitivi sono applicabili solo se vi è un'espressa previsione legislativa²²³, perché sono considerati ingiusti e pericolosi in assenza delle garanzie tipiche del processo penale.

In alcuni Stati il legislatore o la giurisprudenza delle corti hanno, poi, previsto l'introduzione di "*split-recovery schemes*" attraverso i quali viene stabilita la destinazione di una data percentuale dei *punitive damages* a fondi appositamente creati per la tutela delle vittime di illeciti analoghi o a fondi statali generali, accentuando così, implicitamente, la natura penale dei *punitive damages*²²⁴.

Negli Stati dove sono ammessi è comunque generalmente richiesto un alto standard probatorio in ordine alla natura dolosa o gravemente colposa della condotta del soggetto danneggiante²²⁵, oltre ad essere sottoposti a limitazione nel

²²¹ Esistono, però, anche diverse previsioni legislative federali che prevedono quale rimedio quello dei danni punitivi, come in materia di *antitrust* e di diritto d'autore (QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 250, nt. 541).

²²² I singoli Stati sono tenuti solo al rispetto dei diritti processuali costituzionalmente garantiti che hanno rilevanza federale, quali sono il diritto dei cittadini a non subire sanzioni sproporzionate o il diritto ad un giusto processo (VIII e XIV emendamento costituzionale, sui quali v. *infra*).

²²³ Ad es. in Louisiana, nel New Hampshire, in South Dakota e nello Stato di Washington.

²²⁴ Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire* [...], cit., 115 ss.

²²⁵ Si fa riferimento alla condotta "*intentional*", "*reckless*" o anche "*gross negligent*". Sul punto si veda BENATTI, *op. ult. cit.*, 110 ss. e QUARTA, *op. ult. cit.*, 245.

quantum o attraverso la fissazione di un rapporto con i *compensatory damages* o di una somma massima ammissibile (*damages caps*²²⁶).

L'imprevedibilità e la non controllabilità dei danni punitivi sono, infatti, percepite dalla maggior parte delle corti nordamericane come cause di *underdeterrence*, rendendoli di fatto inutili o addirittura dannosi²²⁷.

I criteri di misura e proporzionalità sono, quindi, sempre più diffusi nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America, nell'ambito di quel processo comune al sistema inglese che si può definire di "costituzionalizzazione" dei *punitive damages*²²⁸.

Il modello dei *punitive damages* è stato, infine, recepito anche da alcuni ordinamenti di *civil law* per via legislativa, mentre in altri, come il nostro, si è insinuato grazie allo strumento del diritto processuale civile internazionale, ossia

²²⁶ Si possono individuare cinque modelli di *damages caps*: 1) fissazione di un multiplo dei danni compensativi o un determinato importo, qualunque sia maggiore; 2) sola fissazione di un multiplo; 3) limitazione ad un certo importo indicato; 4) distinzione tra danno fisico e non fisico; 5) imposizione di una percentuale o un massimo basata sulle finanze del convenuto e/o sul patrimonio netto (cfr. P. GRIFFITH, *Why Don't Punitive Damages Punish Or Deter? Beyond The Constitution Toward An Economic Solution*, in 77 *Montana Law Rev.*, 2016, 327 ss.).

²²⁷ Nella *dissenting opinion* di Justice O'Connor del caso *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip* (1991) si legge, infatti: «*punitive damages are a powerful weapon. Imposed wisely and with restraint they have the potential to advance legitimate state interests. Imposed indiscriminately, however, they have a devastating potential for harm*».

²²⁸ La dottrina nostrana ha messo in evidenza come tale processo di costituzionalizzazione dei *punitive damages* sia stato sostanzialmente ignorato dalla Corte di Cassazione in sede di delibazione delle sentenze straniere (cfr. F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, cit.*, 909 e v. *infra*).

attraverso il meccanismo della delibazione delle sentenze straniere comminatorie di risarcimenti punitivi²²⁹.

Ed invero, i due meccanismi per l'ingresso di istituti giuridici in altri ordinamenti sono tra loro molto diversi, per cui va tenuta distinta la questione relativa alla compatibilità all'ordine pubblico delle sentenze comminatorie di *punitive damages* – ai fini del riconoscimento dei loro effetti nell'ordinamento interno - da quella relativa ad un possibile “*legal transplant*”²³⁰ dell'istituto *de quo* nel nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la più incisiva questione dell'ingresso dei *punitive damages* nel nostro ordinamento, alla luce dell'esame comparatistico è apparsa, innanzitutto, evidente la complessità e la multiformità degli stessi dovuta alla sua continua evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale. Ciò renderebbe impossibile parlare dei *punitive damages* come di una figura unitaria eventualmente suscettibile di fare ingresso nel nostro ordinamento con una sua ben precisa identità.

Tale *legal transplant* è stato comunque contestato da autorevole dottrina che ha evidenziato le differenze profonde esistenti tra l'*american tort law* e il nostro

²²⁹ Così C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016.

Sulle discipline introdotte nel codice civile del Quebec, nella legge argentina di protezione dei consumatori e nel diritto cinese della responsabilità civile si veda anche BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, approfondimento del 24 maggio 2017, in *Giustiziacivile.com*; ID., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 263.

²³⁰ L'espressione è stata coniata da A. WATSON, *Legal Transplant: an Approach to Comparative Law*, Edimburgh, 1974.

sistema, nel quale l'illecito civile è completamente sganciato da quello penale²³¹, non esiste la giuria e vige il principio di soccombenza²³².

Pur nella consapevolezza della distanza esistente tra i due sistemi, la diversità di modelli di *punitive damages* stimola ad interrogarsi su quale potrebbe essere l'oggetto specifico di questo *legal transplant*, in quanto un conto è ipotizzare l'ingresso dei "danni punitivi" nel nostro sistema come rimedio generale sempre a disposizione del giudice a fronte di condotte particolarmente riprovevoli o comunque gravemente lesivi di diritti costituzionalmente garantiti, altro è chiedersi se sia legittima la loro introduzione da parte del legislatore per singole e tipizzate fattispecie e a quali condizioni, soprattutto in punto di determinazione del *quantum*. Ciò al fine di trovare un giusto bilanciamento tra le esigenze di deterrenza e sanzione e quelle di certezza²³³.

Ad ogni modo, il dibattito sull'eventuale "*transplant*" dei danni punitivi nel nostro ordinamento non potrebbe prescindere, al di là della diversità dei modelli di *punitive damages*, dal riconoscimento della loro natura sanzionatori.

Da un approfondito esame della giurisprudenza di *common law*, infatti, emerge che i *punitive damages* sarebbero destinati ad assolvere un compito tradizionalmente affidato, in molti ordinamenti giuridici, alle norme di diritto

²³¹ Nella *common law* l'intreccio civile-penale è durato a lungo prima che nascessero figure privatistiche ben distinte dagli illeciti penali. Fattispecie che oggi sono concordemente ritenute illeciti civili erano originariamente illeciti penali e hanno conservato alcune caratteristiche che ricordano la loro origine, in particolare la sanzione comminata (cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in *Le pene private*, cit., 375 ss.).

²³² V. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 27.

²³³ V. BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, approfondimento del 24 maggio 2017, in *Giustiziacivile.com*.

penale e «rappresentano un formidabile punto di contatto, anzi di fusione, tra il diritto privato e il diritto pubblico»²³⁴.

Appare evidente, quindi, che in un ordinamento di *civil law* come il nostro, dove è il diritto (soggettivo) a determinare il contenuto e l'ampiezza della tutela e il potere di conformazione dei diritti e delle relative azioni è attribuito in maniera esclusiva al legislatore²³⁵, non sarebbe ammissibile un trapianto del modello dei danni punitivi sotto forma di un generale potere giudiziale di creazione e irrogazione di rimedi pecuniari sanzionatori, senza un'apposita base legislativa.

D'altronde, la storia di progressiva "costituzionalizzazione" dei *punitive damages* nell'ordinamento statunitense ha fatto emergere la necessità di una base, normativa o giurisprudenziale, proprio al fine di garantire un controllo e una limitazione della discrezionalità dei giudici.

Nel nostro ordinamento, il fondamento del potere sanzionatorio del giudice civile non potrebbe che essere legislativo e la riconducibilità dei *punitive damages* nella categoria delle pene private giudiziali non consentirebbe di ritenere neppure sufficiente una norma di legge, quale essa sia, ma imporrebbe il rispetto da parte dello stesso legislatore dei limiti fissati dalla Costituzione in materia di sanzioni.

In altri termini, si dovrebbe in primo luogo verificare l'applicabilità del principio di legalità, declinato dall'art. 25, comma II, Cost. per l'illecito penale, o anche dell'art. 23 Cost. per "le prestazioni personali o patrimoniali" *tout court*, anche alle sanzioni pecuniarie civili.

Prima di provare di rispondere a tale quesito "di diritto interno" sulle condizioni di ammissibilità di nuovi strumenti sanzionatori, andrebbe però risolta la

²³⁴ Così M. SCHIRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazioneDirittocivile.it, Marzo 2017.

questione della reale natura giuridica dei *punitive damages* che appare indubbiamente complicata non solo dall'appartenenza dell'istituto ad ordinamenti strutturati diversamente dal nostro, ma anche dall'ambiguità dello stesso sintagma "*punitive damages*" che tradotto letteralmente in "danni punitivi" induce ad una naturale assimilazione al "risarcimento punitivo", ossia al concetto di "*prestazione risarcitoria modulata in funzione punitiva su iniziativa giudiziale*"²³⁶.

Ciò spiega perché la Corte Suprema di Cassazione, in più di un'occasione, abbia subordinato il giudizio di riconoscimento degli effetti delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi alla tematica della compatibilità della funzione sanzionatoria al risarcimento del danno e, quindi, della polifunzionalità del sistema della responsabilità civile²³⁷.

²³⁵ Si veda G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 193 ss.

²³⁶ De MENECH, *op. ult. cit.*, 1660. V. anche C. GRANELLI che sostiene che la locuzione "danni punitivi" non sia altro che la traduzione testuale, ma "decettiva" di quella di matrice anglosassone, in quanto la parola "*damages*" indica non già il danno sofferto dalla vittima di un illecito, bensì la prestazione (pecuniaria) cui l'autore dell'illecito è tenuto nei confronti della sua vittima. Per tale ragione il ricorso all'espressione italiana "danni punitivi" «*non aiuta ad impostare correttamente il problema, a porre esattamente la domanda*» e «*non impostare correttamente il problema, non porre esattamente la domanda può portare a soluzioni, a risposte errate*» (*In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2014, 1760).

Tuttavia, nella vicenda giurisprudenziale nostrana si avrà modo di constatare che sebbene l'erroneità dell'impostazione di partenza, la Corte di Cassazione giunge a conclusione perfettamente condivisibili ed applicabili alla "giusta" categoria delle sanzioni private.

²³⁷ A ben vedere, il riconoscimento e l'esecutività delle sentenze straniere all'interno del nostro ordinamento è stato oggetto di riforma con la legge n. 218 del 31 maggio 1995 (cd. legge di diritto internazionale privato), determinando il passaggio dal regime del riconoscimento necessario, di delibazione, al regime del riconoscimento automatico degli effetti del giudicato del provvedimento straniero.

Sebbene in tali occasioni, il giudice del riconoscimento dovrebbe limitarsi a verificare se può essere “ospitato” nel nostro ordinamento un prodotto giuridico diverso non incompatibile con il principio dell’ordine pubblico²³⁸, la nostra giurisprudenza si è spinta sino ad una rilettura del nostro sistema di responsabilità civile, di fatto assimilando implicitamente la questione della potenziale natura punitiva del risarcimento a quella della polifunzionalità del sistema della responsabilità civile.

Il “primo incontro” con la categoria dei danni punitivi da parte della nostra Corte di Cassazione risale al 2007, quando, con sentenza n. 1183, è stata chiamata a vagliare la compatibilità di una sentenza statunitense all’ordine pubblico italiano, secondo quanto prescritto dall’art. 797 n. 7 cod. proc. civ., applicabile *ratione temporis*.

Da ciò deriva che i requisiti per il riconoscimento di sentenze straniere di cui all’art. 64 legge 218/1995 non differiscono essenzialmente da quelli previsti dalla normativa previgente, ma allo stato il controllo della Corte d’Appello è solo eventuale e avviene quando un soggetto che ne abbia interesse contesti uno o più requisiti elencati dall’art. 64, oppure quando la parte soccombente non esegua la sentenza o si renda necessario procedere a esecuzione forzata. Sul piano concreto, in quest’ultimo caso la c.d. “delibazione” della Corte di appello serve a rendere esecutiva la sentenza.

Sul riconoscimento delle decisioni straniere nel sistema della l. n. 218, si vedano, *ex plurimis*: CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 575 ss. e spec. 607 ss.; CARLEVARIS, *L’accertamento giudiziale dei requisiti per il riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, 71 ss.; CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001; CARRATTA, *La sentenza civile straniera fra “riconoscimento” ed “estensione dell’efficacia”*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1147 ss.; D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 53 ss.; CIVININI, *Il riconoscimento automatico*, in LUPOI-VULLO-CIVININI-PASQUALIS, *Giurisdizione italiana. Efficacia di sentenze e atti stranieri*, Napoli, 2007, 445 ss.

In quell'occasione, la Suprema Corte ha respinto il ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Venezia che, a sua volta, aveva negato la delibabilità della sentenza comminatoria di danni punitivi, essenzialmente sulla base dell'esclusione dell'idea della punizione e della sanzione dall'area del risarcimento del danno²³⁹.

Con il passaggio al sistema di riconoscimento automatico delle sentenze straniere, per opera della riforma del sistema di diritto internazionale privato (l. 218/1995), la Suprema Corte, nel valutare se le disposizioni della sentenza straniera non avrebbero prodotto "effetti" contrari all'ordine pubblico, con sentenza n.1781 del 2012²⁴⁰, ha assimilato ancora una volta i *punitive damages* ad un risarcimento con caratteristiche e finalità punitive.

²³⁸ Così A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1854.

²³⁹ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss., con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*; in *Corr. giur.*, 4, 2007, 497 ss., con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *NGCC*, 2007, I, 981 ss., con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*.

Nella sentenza citata si legge: «Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi "in re ipsa" [...]».

²⁴⁰ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 139; in *Danno e resp.*, 2012, 609, con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento*

Da ciò ha argomentato la loro incompatibilità con le “*regole di ordine pubblico*” inerenti al risarcimento del danno extracontrattuale relative all’assenza di una finalità sanzionatoria dello stesso e al divieto di arricchimento del danneggiato.

Ed invero, la Corte di Cassazione ha correttamente svolto quell’indagine, che spetta al giudice italiano ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere, in relazione al titolo, ossia alla causa giustificativa della statuizione giudiziale di condanna pecuniaria, perché altrimenti non se ne potrebbero valutare gli “effetti” nell’ordinamento interno, ai sensi del disposto dell’art. 64, lett. g), l. 218/1995²⁴¹.

Entrambe le sentenze citate hanno senz’altro preso le mosse, sia pure implicitamente, da una nozione di ordine pubblico, tutt’ora prevalente nella giurisprudenza di legittimità, che comprende non solo l’insieme delle regole fondamentali poste dalla Costituzione, ma anche dalle leggi a base degli istituti

non riparatorio; in *Corr. giur.*, 2012, 1068, con nota di PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*

²⁴¹ Tale indagine potrà essere svolta dal giudice del riconoscimento attraverso la lettura della sentenza straniera, sia della parte motiva che del dispositivo. Si sono, quindi, posti problemi quando la sentenza straniera sia del tutto priva di motivazione o comunque non sia enucleabile dal solo dispositivo il titolo della condanna pecuniaria.

Secondo la tesi prevalente in dottrina, ricorrendo tale evenienza, il giudice del riconoscimento non potrebbe rigettare la domanda per il sol fatto che la sentenza sia priva di motivazione: sul punto si veda E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 192.

Discussa è, invece, la questione relativa alla vigenza del principio dell’onere della prova nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere: F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2015, 265; *contra* G. CAMPEIS- A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *NGCC*, 2002, 6, 10765 ss.

giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società²⁴².

Senonché la Suprema Corte in tanto è giunta alla conclusione dell'incompatibilità degli effetti delle condanne pecuniarie straniere a titolo di *punitive damages* con l'ordine pubblico, in quanto ha riconosciuto natura risarcitoria con finalità sanzionatoria al titolo giustificativo della sentenza e ha individuato nel principio compensativo la regola di ordine pubblico vigente nel nostro sistema della responsabilità civile²⁴³.

Il medesimo schema argomentativo, seppure con esiti diversi, è stato adottato dalla Suprema Corte anche nell'ordinanza n. 9978 del 2016²⁴⁴, con la quale è stata

²⁴² Cfr. in dottrina, G. CAMPEIS- A. DE PAULI, *op. ult. cit.*, nonché le seguenti voci enciclopediche: FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1964, 1054 ss.; PALADIN, voce *Ordine pubblico*, nel *Noviss. Dig. it.*, XII, Utet, 1965, 130 ss.

²⁴³ Tale orientamento è risultato in netta controtendenza rispetto alla giurisprudenza delle Corti di altri Paesi europei: cfr. *Tribunal Supremo spagnolo, Sala de lo Civil*, 13 novembre 2001, causa 2039/1999 e *Cour de Cassation francese*, 1 ch. civ., 1° dicembre 2010, n. 0913303, che hanno entrambe ritenuto che una condanna al pagamento di danni meramente punitivi non sia, di per sé, contraria all'ordine pubblico se liquidati in una misura "ragionevole". A queste ultime si è aggiunta la pronuncia della Corte Suprema della Slovenia (in *Danno e Resp.*, 2014, 1, 18, con nota di SLADIC JORG e con nota di E. D'ALESSANDRO).

Vicina alla posizione della nostra Corte di Cassazione è stata la posizione presa dalla BGH tedesca nella storica sentenza del 4 giugno 1992 con la quale ha negato il riconoscimento dell'esecutività di una sentenza di condanna al pagamento dei danni punitivi, perché contraria al limite dell'ordine pubblico (cfr. M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, relazione del 1° febbraio 2017, Roma, Corte Suprema di Cassazione).

²⁴⁴ Si tratta dell'ordinanza del 16.05.2016, n. 9978 della Prima Sezione della Suprema Corte, con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite la "questione di massima di particolare importanza" della riconoscibilità o meno, per contrasto con l'ordine

messa in discussione l'incompatibilità degli effetti di una sentenza di condanna ai *punitive damages* rispetto all'ordine pubblico, senza escludere la natura risarcitorio-punitiva dell'istituto, bensì prospettando, per un verso, una riduzione della portata del principio di ordine pubblico e, per altro verso, la dinamicità o polifunzionalità del nostro sistema della responsabilità civile.

Per quanto riguarda il principio di ordine pubblico, la Corte ha ripercorso l'“*evoluzione del concetto*”, richiamando anche la normativa e giurisprudenza comunitaria²⁴⁵, fino a giungere ad una nozione ristretta ai soli principi fondamentali dell'ordinamento. Ha, quindi, escluso che possa desumersi un

pubblico, delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Tale ordinanza è stata ampiamente commentata dalla dottrina: si vedano, *ex multiis*, i commenti di M. GAGLIARDI, in *NGCC*, 2016, 10, 1285; di D'ALESSANDRO, in *Foro it.*, 2016, 6, I, 1973; di G. PONZANELLI, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827; di C. SCOGNAMIGLIO, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909.

²⁴⁵ In ambito comunitario la “manifesta contrarietà” all'ordine pubblico costituisce il primo dei motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze dei giudici dell'UE (cfr. artt. 34 e 35 del re. CE n. 44/2001).

A partire dalla sentenza *Krombach* (Corte di Giustizia, 28 marzo 2000, causa C-7/98 in *Racc. giur. com. eur.*, 2000, I-1956), la Corte di Giustizia ha affermato che non è sufficiente una mera divergenza tra la norma giuridica che avrebbe applicato il giudice dello Stato nel quale è richiesto il riconoscimento degli effetti della sentenza e quella applicata dal giudice dello Stato d'origine, ma deve sussistere un contrasto “inaccettabile” con l'ordinamento giuridico interno, in quanto lesivo di un diritto fondamentale. Solo con una lettura così restrittiva dell'ordine pubblico è possibile il rispetto della norma che vieta un riesame del merito delle decisioni straniere (reg. Ce n. 44/2001, art. 36 trasfuso oggi nell'art. 52 del reg. UE n. 1215/2002).

D'altronde, a livello normativo, l'art. 34 Reg. Ce n. 44/2001 (oggi art. 45, comma I, lett. a), reg. 1215/2012) esclude il riconoscimento del provvedimento straniero solo nei casi di “manifesta” contrarietà all'ordine pubblico

principio di ordine pubblico dalla legislazione ordinaria, che rappresenta solo una *“delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale”*.

Il giudizio di riconoscimento degli effetti delle sentenze straniere sarebbe così assimilato al giudizio di costituzionalità, sia pure preventivo e virtuale *«dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari [...]»*.

Una volta ristrette le maglie del limite dell'ordine pubblico²⁴⁶, la Suprema Corte ha fatto fuoriuscire dalle stesse il principio dell'esclusività della funzione riparatoria e compensativa della responsabilità civile, e si è spinta fino a mettere in dubbio la vigenza nel nostro ordinamento di un principio di tal specie.

La questione è stata posta, quindi, nei termini della “resistenza” offerta dal rimedio risarcitorio ad ospitare un “prodotto giudiziale straniero” che ha funzione punitiva²⁴⁷ e che viene iscritto nell'alveo dei rimedi risarcitori, rappresentati quali uniche reazioni dell'ordinamento all'illecito civile.

²⁴⁶ La dottrina ha parlato del possibile impiego del criterio di operatività dell'ordine pubblico internazionale in funzione remedial-espansiva, *«cioè diretta ad assicurare un elevato livello di tutela rispetto agli interessi in gioco e rispetto a un concetto di legalità trans-nazionale (una legalità, beninteso, ancorata alla rule of law, che in questo senso opera anche in senso legittimante la giurisdizione; ovvero una legalità che in questo senso coincide con una global rule of law)»*. In altri termini, l'ordine pubblico andrebbe inteso quale strumento per ampliare la sfera della libertà individuale nella prospettiva della tutela trans-nazionale dei diritti fondamentali (così M. GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 30 maggio 2017).

²⁴⁷ In questi termini ricostruisce il vero “cuore” del problema A. DI MAJO, in *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1854 ss.

Sulla base di tali argomentazioni, è stato così ritenuto “opportuno” un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

La dottrina italiana ha, però, di recente chiarito che i *punitive damages* di origine anglo-americana non sarebbero “*danni non risarcitori*”, perché non avrebbero nulla a che vedere con il risarcimento del danno: estranei alla responsabilità civile e con una natura prettamente sanzionatoria²⁴⁸.

Si collocherebbero, pertanto, nella categoria delle sanzioni civili private, non confondendosi mai con la prestazione risarcitoria dei *compensatory damages*, seppur eventualmente parametrati a questi ultimi.

Come è stato evidenziato, infatti, rileva «*la criptica anfibiaologia del termine “danni” che meglio si evidenzia nella dichiarata ambivalenza del termine “damages”: il quale vale a designare, al tempo stesso, i pregiudizi e i “remedies”*»²⁴⁹.

²⁴⁸F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., 57-58; DE MENECH, *op. ult. cit.*; PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit.

Vi è chi, come BROGINI (*Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 479), ha addirittura sottolineato come l’attore che chiede il risarcimento dei danni punitivi agisce come una sorta di “*Private Attorney General*”, esercitando una funzione di pubblico ministero privato nell’interesse della collettività. Da ciò deriva che il contesto civilistico della sanzione dell’illecito non impedisce di identificare la componente “penale” della condanna ai *punitive damages*.

²⁴⁹ Così si è espresso F. D. BUSNELLI, in *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., 247, ma è, in realtà, divenuta una premessa terminologica ribadita a più voci: CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno esistenziale*, cit., 315 ss.; GRANELLI, *In tema di “danni punitivi”*, cit., 6, 2014, 1760 ss.

Mentre, infatti, al singolare il termine “*damage*” indica il pregiudizio causato ad un valore della persona o ad un bene, al plurale “*damages*” indica la somma di denaro dovuta per compensare il danneggiato, ossia il risarcimento, proprio come avviene nella nostra lingua.

Risulta, invero, frequente che anche il termine italiano “*danni*” rivesta il significato di risarcimento, oltretutto di pregiudizi²⁵⁰.

Non bisognerebbe, quindi, lasciarsi trarre in inganno dalle assonanze terminologiche e affermare la vera natura giuridica dei *punitive damages* anche alla luce degli studi comparatistici, ossia quella di sanzioni civili a tutti gli effetti. Da ciò deriva che il problema “*correttamente impostato*” sarebbe, quindi, quello della compatibilità con l’ordine pubblico di una prestazione pecuniaria irrogata a titolo di sanzione civile, da sola o in aggiunta al risarcimento del danno, a carico dell’autore dell’illecito e in favore della vittima dello stesso²⁵¹.

Peres. M. HAZAN, (ne *I danni punitivi nella rc auto e nella rc sanitaria: cosa cambia dopo le Sezioni Unite?*, in *RI.DA.RE.*, focus del 1° agosto 2017), sostiene che «*la traslitterazione pedissequa del sintagma statunitense (punitive damages) rischia di perdere, nel nostro linguaggio giuridico, di aderenza, confondendo presupposto e conseguenza della proposizione punitiva: ciò che è danno non è mai, in sé e per sé, “punizione” per chi lo cagiona ma ragione della sua condanna al risarcimento o, semmai, della sanzione alla quale egli sarebbe esposto*».

²⁵⁰ Si veda l’accurato esame lessicale effettuato da C. DE MENECH, in *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., 1660-1661, che evidenzia come nel sintagma *punitive damages* venga utilizzata «*una sineddoche, posto che alla menzione della fattispecie più ampia – il monetary award for wrong – viene sostituita la menzione del suo fatto più caratteristico – i damages in senso stretto*».

²⁵¹ Così C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, cit. e C. DE MENECH, *op. ult. cit.*, 1664.

Che vi sia confusione sulla reale natura giuridica dei *punitive damages* è, del resto, dimostrato dai richiami normativi che la stessa Suprema Corte ha fatto nell'ordinanza di rimessione già citata quali prove positive dell'apertura del nostro sistema della responsabilità civile alla funzione deterrente e sanzionatoria.

Si tratta di norme che avrebbero, infatti, introdotto istituti che si configurano piuttosto al di fuori dei confini del risarcimento del danno e che non potrebbero essere affatto qualificati quali «rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria».

Anticipando in parte le conclusioni che si trarranno dall'esame analitico di ciascuna fattispecie che verrà svolto nel seguito della trattazione, sembrerebbe che tali fattispecie normative siano molto più vicine alla vera natura dei *punitive damages* di quanto sia stata effettivamente consapevole la Corte, tant'è che le conclusioni alle quali giunge sarebbero perfettamente adattabili alla categoria delle sanzioni private, quali nuovi “rimedi” a particolari illeciti civili.

Non potrebbe, infatti, essere classificato come rimedio risarcitorio quello previsto dall'art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47 (cd. legge sulla stampa) che dispone testualmente che «nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato».

Sebbene il legislatore parli di “riparazione”, risulta evidente che la somma che la persona offesa può pretendere oltre al risarcimento del danno ex art. 185 c.p. non rientra in quest'ultimo né potrebbe costituire una duplicazione delle voci di danno risarcibile, tant'è vero che i criteri di liquidazione sono del tutto sganciati dall'accertamento dell'eventuale danno cagionato dal reato.

La somma così determinata, infatti, mira piuttosto a ridurre il vantaggio realizzato mediante la diffusione dello stampato da parte del responsabile della diffamazione.

Sul punto anche la giurisprudenza sia civile sia penale appare pacifica nel qualificare tale rimedio come “*sanzione civile*”²⁵², che si aggiunge al risarcimento dei danni previsti come conseguenza civile del reato dall'art. 185 c.p., ove sono considerati sia il danno patrimoniale che quello non patrimoniale. Tale interpretazione troverebbe, poi, una diretta conferma nei lavori preparatori della L. n. 47 del 1948, che fu approvata dalla Assemblea Costituente²⁵³.

²⁵² Cass. penale, sez. V, 26.09.2014, n. 48712, in *Cassazione Penale*, 2015, 4, 1466: «*La natura civilistica della sanzione, affermata da una giurisprudenza non recente, ma mai avversata (Sez. 5, n. 2435 del 19/01/1993, Bonaga, Rv. 193806; Sez. 5, n. 12890 del 13/04/1989, Corsi, Rv.182149), si desume dal riferimento ai parametri della "gravità dell'offesa" e della "diffusione dello stampato" e cioè ad aspetti obiettivi, rapportabili non solo al fatto dell'autore dello scritto, ma proprio all'entità del danno cagionato dalla pubblicazione, conseguenza apprezzabile ai fini civili, cui si ricollega già l'art. 185 c.p., comma 2*».

²⁵³ Così Cass. civile, sez. III, 26.06.2007, n. 14761 (in *Giust. civ. Mass.* 2007, 6 e in *Il civilista*, 2011, 1, 45, con nota di D'APOLLO) specifica che: «*La sottocommissione di detta Assemblea all'uopo costituita osservò nella sua Relazione che il progetto governativo considerava la riparazione (prevista nell'art. 25 di detto progetto, divenuto l'art. 12 della legge) "come una aggiunta, non solo ai danni patrimoniali, ma anche a quelli non patrimoniali".*

La Commissione espresse qualche perplessità, ma alla fine decise "di mantenere il testo ministeriale" sulla base della considerazione che "si devono rendere più sensibili le conseguenze per l'offensore della diffamazione libellistica" (Assemblea Costituente, Atti parlamentari, documento n. 15 - A, pag. 5).

Fu proprio detta Commissione a qualificare questa riparazione aggiuntiva al risarcimento del danno come "pena privata".

Ancora più lontana dall'area dei rimedi risarcitori risulterebbe la previsione dell'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ., che vede nell'art. 26, comma 2, d. lgs. n. 104/2010 il suo corrispondente nel processo amministrativo²⁵⁴, e che rientra a pieno titolo nella categoria delle sanzioni pecuniarie civili.

Nell'ordinanza di remissione, peraltro, alla condanna al pagamento di una “*somma equitativamente determinata*” viene attribuita, in contraddizione alla

Dai lavori preparatori del citato art. 12 si desume che la riparazione pecuniaria ivi prevista costituisce una sanzione civile che consegue al reato di diffamazione a mezzo stampa e che la stessa è stata introdotta proprio per rafforzare la sanzione penale.

Essa, perciò, presuppone l'accertamento degli elementi costitutivi di tale reato, che può peraltro essere compiuto anche dal giudice civile».

Si riscontra una disciplina e un lessico normativo analogo nel caso di pubblicazione di intercettazioni illegali: l'art. 4 del D.L. 22 settembre 2006, n. 259 conv. in L. 20 novembre 2006, n. 281 dispone, al primo comma, che “*a titolo di riparazione*” può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti oggetto di intercettazioni illegali, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro. Al quarto comma è previsto che «*qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1 anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1*».

Appare anche per questa disciplina evidente la differenza ontologica esistente tra la somma alla quale possono essere condannati i responsabili della violazione “a titolo di riparazione”, che è a tutti gli effetti una sanzione pecuniaria e il risarcimento del danno vero e proprio. La natura sanzionatoria della condanna pecuniaria prevista dal primo comma dell'art. 4 cit. emerge già solo per il fatto che è commisurata a criteri che non tengono affatto conto della situazione della vittima della lesione e che sono previsti dei minimi e dei massimi edittali al pari di una qualsiasi altra sanzione pubblicistica.

²⁵⁴ Sull'art. 96, comma III, cod. proc. civ. vedi *infra*.

qualifica “risarcitoria” iniziale, proprio una funzione “sanzionatoria” dell’abuso del processo.

Dovrebbe aver superato i confini del risarcimento del danno anche l’art. 709 *ter* cod. proc. civ., introdotto dall’art. 2 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l’esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, oltre al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria²⁵⁵.

Nessun dubbio vi potrebbe essere, infine, sulla natura propriamente sanzionatoria delle condanne pecuniarie che possono essere irrogate dal giudice, una volta accertata la sussistenza di una delle fattispecie criminose abrogate dal d. lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016 e trasformate in “illeciti civili tipici”²⁵⁶.

Meno vicine alla categoria delle sanzioni private in senso stretto risulterebbero solo le misure previste in materia di illeciti commessi in violazione del diritto di autore e della proprietà industriale (art. 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), nonché in materia di tutela del mercato (art. 187 *undecies*, comma II, del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), in quanto ispirate maggiormente alla logica restitutoria del profitto lucrato mediante un atto illecito.

Dunque, tutte le fattispecie su elencate, ad eccezione delle ultime in materia di sfruttamento abusivo dei diritti su beni immateriali, come si vedrà meglio in seguito²⁵⁷, integrano gli estremi di vere e proprie sanzioni, davvero lontane dal

²⁵⁵ V. *infra*, cap. IV.

²⁵⁶ Su tutti i riferimenti normativi contenuti nell’ordinanza n. 9978/2016 si veda *infra*.

²⁵⁷ In tutte le fattispecie normative richiamate, inoltre, la distinzione tra prestazione sanzionatoria e prestazione risarcitoria è ben visibile e il rapporto tra le stesse si atteggia in termini di cumulatività o di alternatività: v. *infra*.

sistema risarcitorio e che rientrano in una categoria a sé stante volta a punire condotte illecite e rilevanti anche sul piano pubblicistico, pur destinando la sanzione alla tasca privata (ad eccezione delle sanzioni pecuniarie ex d. lgs. 7/2016 che sanzioni “civili” non sono).

Com'era prevedibile le Sezioni Unite, pur rigettando il ricorso, non hanno perso l'occasione di pronunciarsi sulla questione sottoposta dall'ordinanza di rimessione, interpretando l'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ. *«nel senso che l'enunciazione del principio di diritto è consentita anche in relazione a inammissibilità di un singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza [...]»*²⁵⁸.

La Corte ha preso ovviamente le mosse dal riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile, che *«si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»*, per poi elencare tutti i dati normativi che confermano la tesi, riprendendo non solo quelli indicati dall'ordinanza n. 9978/2016, bensì anche dalla sentenza n. 7613/2015 con la quale era stata vagliata la compatibilità con

²⁵⁸ Così si legge nell'attesissima sentenza della Corte di Cassazione, a Sez. Un., del 05 luglio 2017, n. 16601, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 6 luglio con nota di R. SAVOIA; in *Guida al diritto*, 2017, 33, 40 con nota di SACCHETTINI e in *Danno e resp.*, 2017, 4, 419, con note di G. CORSI e P.G. MONATERI.

Il ricorso è stato rigettato per infondatezza dei primi due motivi e per inammissibilità del terzo motivo con il quale era stata denunciata la violazione dell'art. 64 l. 218/95 e un vizio di motivazione proprio perché la Corte di appello non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte statunitense riguardava un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi.

l'ordine pubblico italiano delle misure di *astreintes* previste in altri ordinamenti²⁵⁹.

Tale panorama normativo, così ricostruito, è stato considerato dalle Sezioni Unite idoneo a denotare «*l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti*».

A ben vedere, però, come i riferimenti normativi contenuti nell'ordinanza di rimessione anche quelli citati nella sentenza n. 7613/2015 appaiono aver poco in comune con il settore dei rimedi risarcitori e di questo faceva mostra di essere già ben consapevole la Corte di Cassazione.

Le misure previste dagli artt. 124, comma II, e 131, comma II, del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, in tema di brevetto e marchio; l'art. 140, comma VII, del Codice del Consumo; l'art. 709 *ter* cod. proc. civ., nn. 2) e 3); l'art. 614 *bis* cod. proc. civ. insieme al parallelo art. 114 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 per il processo amministrativo sarebbero, infatti, tutte sanzioni civili con “*funzione deterrente solo indiretta*”.

Inoltre, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 7613/2015, aveva richiamato le misure testé elencate quali esempi di misure generali o speciali volte ad ottenere l'adempimento di un obbligo mediante la pressione esercitata sulla volontà dell'inadempiente a mezzo della minaccia di una sanzione pecuniaria, facendole rientrare, quindi, nella categoria delle cosiddette sanzioni civili indirette riconducibili al modello delle *astreintes*.

²⁵⁹ Si tratta della sentenza della Cassazione del 15 aprile 2015, n. 7613, in *Int'l Lis*, 2016, 1, 16, con nota di M. PILLONI e in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 243 con nota di V. GIUGLIANO. Sulle *astreintes* e le penali per violazione di un provvedimento giudiziale v. *infra*, cap. IV.

Da ciò aveva desunto la diversità di struttura e di funzioni delle stesse rispetto sia al risarcimento del danno sia ai danni punitivi²⁶⁰, in quanto *«l'astreinte non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato»*.

Dunque, il richiamo che la recente pronuncia delle Sezioni Unite “sui *punitive damages*” fa agli istituti normativi indicati dal precedente del 2015 sulla compatibilità delle *astreintes* all'ordine pubblico appare improprio nell'ottica della natura risarcitoria, sia pure con funzione sanzionatoria, dei danni punitivi.

Eppure le Sezioni Unite, arricchendo l'elenco di “prestazioni sanzionatorie” mediante il richiamo ad altre fattispecie normative²⁶¹, nonché alla giurisprudenza

²⁶⁰ In realtà, la Corte nella citata sentenza lascia intendere anche la diversità tra il risarcimento del danno e i danni punitivi, come si legge al par. 5.5: *«Risarcimento del danno e astreinte costituiscono misure fra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo, volta a propiziare l'induzione all'adempimento. Parimenti, il danno punitivo ha struttura e funzione non coincidenti con l'astreinte»*.

²⁶¹ Si tratta:

- dell'art. 28 del d.lgs. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento;
- dell'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto;
- del d.lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento. L'elenco di “prestazioni sanzionatorie”;

della Corte Costituzionale²⁶², giungono alla conclusione che «vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale».

Mostrando, però, un atteggiamento di grande prudenza, la Corte nega risolutivamente che l'*excursus* normativo e giurisprudenziale sull'acquisizione di una curvatura deterrente/sanzionatoria dell'istituto aquiliano appena illustrato possa mai legittimare i giudici italiani ad imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati, sia in materia di danno extracontrattuale, sia contrattuale.

Il referente normativo posto a base di tale affermazione è direttamente quello costituzionale: l'art. 23 Cost., correlato agli artt. 24 e 25, pone una riserva di legge

-
- dell'art. 70 disp. att. cod. civ., in materia condominiale;
 - della disciplina della subfornitura (L. n. 192 del 1998, art. 3, comma 3);
 - del D.Lgs. n. 231 del 2002, artt. 2 e 5 in materia di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali.

²⁶² Cfr. Corte Cost. n. 303 del 2011 che, riferendosi alla normativa in materia laburistica (L. n. 183 del 2010), ha avuto modo di chiarire che trattasi di una novella «*diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione*», avente «*l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza*», senza ammettere la detrazione dell'*aliunde perceptum* e così facendo assumere all'indennità onnicomprensiva "*una chiara valenza sanzionatoria*"; nonché Corte Cost. n. 152 del 2016 che, investita della questione relativa all'art. 96 cod. proc. civ., ha sancito la natura «*non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale)* e, più

quanto a nuove prestazioni patrimoniali e «*preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario*».

Appare evidente che con questo intervento nomofilattico “forte”²⁶³, la Corte Suprema abbia ripreso quell’indirizzo dottrinale che considerava necessario un bilanciamento tra il valore dell’effettività della tutela cristallizzato nell’art. 24 Cost. e quello di legalità degli obblighi aventi ad oggetto prestazioni patrimoniali (art. 23 Cost.)²⁶⁴ al fine di porre un freno al fenomeno della dilatazione in via pretoria delle frontiere del danno risarcibile.

Che l’art. 23 Cost. potesse costituire la norma fondativa una riserva di legge in materia di responsabilità civile era stato, peraltro, affermato da una non recente dottrina proprio per limitare quanto più possibile “forzature interpretative” dell’istituto della responsabilità civile, propugnate alla luce dei principi apicali del sistema che, proprio per la loro idealità e indeterminatezza, lasciano spazio ad esiti interpretativi non controllabili²⁶⁵, a discapito del principio di libertà.

Come è stato autorevolmente sostenuto da una dottrina risalente, infatti, «*anche chi si muove nella sfera del diritto privato deve avere una charta libertatum*»²⁶⁶.

propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative» di questa disposizione e dell’abrogato art. 385 cod. proc. civ.

²⁶³ Così lo definisce C. SCOGNAMIGLIO (ne *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 1° agosto 2017), dal momento che l’enunciazione del principio di diritto è avvenuta ex art. 363, penult. comma, cod. proc. civ.

²⁶⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustiziacivile.com*, 2017.

²⁶⁵ Si veda A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Resp. civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORTI e G. SCALFI, Milano, 1988, 260.

²⁶⁶ CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Milano, 1966, 154.

Da ciò deriva che l'esigenza di dotare lo strumentario della tutela civile dei diritti di un rimedio idoneo ad assicurare l'effettività della loro protezione, tutte le volte che il risarcimento del danno in funzione compensativa risulti inadeguato allo scopo, può essere soddisfatta nel nostro ordinamento solo se vi è una norma di legge che autorizzi il giudice a pronunciare condanne pecuniarie a carattere sanzionatorio.

Il monito rivolto dalle Sezioni Unite della Corte ai giudici è, quindi, chiaro: non sono ammissibili condanne a prestazioni pecuniarie ultracompensative in assenza di un'espressa previsione di legge, pena la violazione del principio di legalità²⁶⁷.

La Corte, rendendosi conto del lungo *obiter dictum*, sente, inoltre, l'esigenza di rendere altrettanto chiaro che il riconoscimento della polifunzionalità della responsabilità civile non rappresenta altro che un inquadramento del tema che «*illumina la questione della compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze di condanna per punitive damages*».

Si tratta, tuttavia, di un inquadramento che darebbe per scontato almeno un passaggio logico con il suo corollario: la qualificazione dei *punitive damages* quali rimedi risarcitori, sia pure con funzione punitiva ed il loro inevitabile inserimento nel sistema della responsabilità civile.

La non esplicitazione di questo passaggio, eredità dei precedenti giurisprudenziali sul tema, potrebbe, infatti, aver rappresentato la fonte di equivoci già messi in luce

²⁶⁷ Le Sezioni Unite richiamano anche quanto sostenuto, in via incidentale, da una precedente pronuncia a Sezioni Unite in tema di responsabilità degli amministratori. Si tratta della sentenza del 6 maggio 2015, n. 9100, già citata, nella quale è stato affermato che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più «*incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacchè negli ultimi*

dalla dottrina prima richiamata in ordine alla reale natura giuridica dei *punitive damages* dei sistemi di *common law*.

Non è mancato chi, in dottrina, ha addirittura affermato che i *punitive damages* sarebbero del tutto estranei al sistema della responsabilità civile e delle sue regole, perché sono “prestazioni sanzionatorie” del tutto sganciate dal danno che la vittima dell’illecito abbia concretamente sofferto²⁶⁸.

Di qui l’“errore” di impostazione della Corte di Cassazione nell’aver ricondotto il problema del riconoscimento alla vittima di un illecito di una prestazione a titolo di danno punitivo alla tematica della responsabilità civile per danni e ai suoi principi.

Orbene, nonostante l’indubbia suggestività del ragionamento, il riconoscimento espresso della natura sanzionatoria dei *punitive damages*, che consentirebbe di scansare gli equivoci già accennati, non imporrebbe, quale conseguenza obbligata, quella di espungere tali misure sanzionatorie dall’area della responsabilità civile.

Ormai la tutela dei diritti, specialmente quelli non patrimoniali, non può più essere considerata al di fuori del sistema della responsabilità civile, in quanto si è verificata quella progressiva “depatrimonializzazione” del diritto privato, annunciata già da tempo dalla dottrina²⁶⁹, che ha ampliato le forme di tutela dei diritti della persona²⁷⁰.

decenni sono state qua e là introdotte disposizione volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento».

²⁶⁸ C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, cit., passim.

²⁶⁹ Il riferimento è al lavoro del 1980 di C. DONISI, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, cit.

²⁷⁰ Giova ricordare l’impostazione di C. CASTRONOVO (*La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 614), il quale ha sostenuto che «*le frontiere della responsabilità civile da categoria mistica che le ha fatte sembrare colonne d’Ercole oltre le quali vi sarebbe il*

Appare, infatti, corretta l'impostazione seguita dalla Corte di Cassazione che coglierebbe le linee dello sviluppo culturale che aveva condotto ad accreditare la tesi di una possibile funzione sanzionatoria della responsabilità civile, secondo un approccio sempre più vicino a quello "remediale", tipico dei sistemi di *common law*.

In tal modo, si dà ragione a quella dottrina che ha ritenuto l'area della responsabilità civile come quella più sensibile ad una lettura in termini remediale, tanto da essere diventata «*strumento, per lo meno insincero, di tutela rispetto a fenomeni di intrusioni in altrui sfere giuridiche, non facilmente compensabili secondo ottiche di scambio e di redistribuzione dei danni*»²⁷¹.

Tale approccio è legato alla valorizzazione del principio dell'effettività della tutela da parte della giurisprudenza e dottrina più recenti²⁷², senza che venga,

nulla, si trasformano in veri e propri confini, al di là dei quali stanno altri istituti e altre discipline», tra le quali particolare rilievo assume la categoria delle sanzioni civili punitive. Anche C. SALVI (Il danno extracontrattuale, Napoli, 1985, 292) ha evidenziato i limiti intrinseci all'operare dell'istituto aquiliano che non possono essere forzati se non correndo il rischio di esporsi ad aporie sistematiche e a torsioni applicative, valendo il principio per cui «vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana», sicché tali ulteriori rimedi ultracompensativi potrebbero considerarsi estranei al sistema della responsabilità civile.

²⁷¹ A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi con funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.

²⁷² Cfr. A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1854 ss., che auspicava, all'indomani della rimessione della questione della compatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico alle Sezioni Unite, una interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'istituto della responsabilità civile, specie alla stregua del principio di "effettività" della tutela dei diritti e dei valori menzionati all'art. 2 Cost.

però, alterata la concettualizzazione dei diritti e dei rimedi tipica di un sistema di *civil law* come il nostro, che si basa sul primato dei diritti e delle azioni di esclusiva fonte legislativa.

Come è stato evidenziato da attenta dottrina, «*se proprio vogliamo parlare di rimedi, è necessario che questi tendano alla piena realizzazione dell'interesse consacrato in sede sostanziale*» dal legislatore, in quanto «*i “bisogni di tutela” che insorgono al momento della violazione sovente non sono predicati a livello delle proposizioni normative primarie*»²⁷³.

Ebbene, l'unico “errore” nel quale sarebbe incappata la Corte si potrebbe individuare nella qualificazione giuridica di questi rimedi.

Tutte le misure sanzionatorie di volta in volta introdotte dal legislatore ed elencate dalla Corte di Cassazione, seppure “sotto le mentite spoglie” di rimedi risarcitori,

Sulla stessa linea, M. GRONDONA, il quale ha sostenuto che i danni punitivi rappresentano proprio uno di quegli strumenti di risposta che in ragione della loro effettività siano tali da assicurare una tutela che non necessariamente si esaurisce nel risarcimento del danno (*L'auspicabile via libera ai danni punitivi, il dubbio del limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale* [...], in www.diritto civile contemporaneo.it, III, lug/sett 2016).

In giurisprudenza, si veda la celebre sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione sul caso CIR c. Fininvest che ha posto l'accento sul «*diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*» (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Corr. giur.*, 2014, 489 ss.).

²⁷³ Così G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2014, 159 ss.

Cfr. anche G. VETTORI che sostiene che l'approccio remediale non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente, con il corollario che «*il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazione di interessi e diritti,*

sarebbero, invero, senz'altro qualificabili come nuove risposte di tipo sanzionatorio ad “atti illeciti non necessariamente dannosi”²⁷⁴ rispetto ai quali la risposta risarcitoria non risulterebbe affatto soddisfacente sotto il profilo dell'effettività della tutela.

Seguendo tale impostazione argomentativa, si recupererebbe una concezione della responsabilità civile come forma di risposta ad illeciti, nella quale il requisito dell'ingiustizia, pur se riferito al danno, inteso come evento lesivo, non può essere indifferente alla connotazione soggettiva della condotta del responsabile che verrebbe assunta, tramite il parametro della “gravità della violazione” a punto di riferimento per la determinazione del *quantum* della sanzione²⁷⁵.

In tal modo si potrebbe riconoscere legittimamente la “*curvatura deterrente/sanzionatoria*” della responsabilità civile, senza dover snaturare la categoria del risarcimento del danno caratterizzata dalla primaria funzione compensativa o satisfattiva e perciò basata sulla nozione di danno-conseguenza.

Assegnando la funzione punitiva in via principale a rimedi sanzionatori che si collocherebbero oltre i confini del risarcimento del danno, ma all'interno del campo della responsabilità civile, si sarebbe in grado di cogliere a pieno la natura parzialmente ossimorica dello stesso sintagma “risarcimento punitivo” e

specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare» (Il contratto europeo fra regole e principi, Torino, 2015, 23).

²⁷⁴ Categoria ben enucleata da C. DE MENECH dal nostro sistema della responsabilità civile “ai confini dell'area occupata dal rimedio risarcitorio”, ne *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., 1666.

²⁷⁵ V. F. BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private*, cit., 48 e A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., 1854.

riconoscere l'esistenza di una linea di demarcazione tra il risarcimento e la punizione²⁷⁶.

Verrebbe, così, smentita la tesi, propugnata ancora oggi da autorevole dottrina, secondo la quale *«nel diritto italiano la responsabilità da atto illecito non prevede l'imposizione del pagamento di somme di denaro in mancanza di danno ed in funzione puramente punitiva»*²⁷⁷.

D'altronde, le conclusioni alle quali giunge la Corte di Cassazione in ordine alla necessità del rispetto del principio di legalità appaiono maggiormente confacenti a rimedi sanzionatori in senso stretto più che a "rimedi risarcitori" in considerazione dei referenti normativi costituzionali e sovranazionali richiamati.

L'art. 23 Cost. è norma storicamente legata alle imposizioni tributarie²⁷⁸, ma, in realtà, porrebbe una riserva (relativa) di legge per qualsiasi prestazione a carattere patrimoniale e per tale ragione era già stata individuata negli anni '80 dalla dottrina quale referente costituzionale per le "pene private", ovvero per le *«sanzioni civili aventi a contenuto una prestazione patrimoniale non commisurata*

²⁷⁶ Come è stato sostenuto da C. CASTRONOVO: *«il danno non può andare oltre se stesso, cioè oltre la riparazione, così come nessuno può saltare al di là della propria ombra. E risarcirne più di quanto esso non sia è autocontraddittorio»* (Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale, cit., 331).

²⁷⁷ Così P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 4.

²⁷⁸ Cfr. A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, cit., 261 che ha sostenuto che *«una interpretazione logico-sistematica legittima una sostanziale espansione della sfera di concreta operatività della norma alla materia della responsabilità civile»*: l'esistenza nella nostra Costituzione di una norma specifica sull'imposizione tributaria (art. 53 Cost.) e la collocazione della disposizione nel titolo dei rapporti civili militerebbero in tal senso.

soltanto al danno o che dallo stesso prescinda»²⁷⁹, senz'altro collocate nell'alveo della responsabilità civile.

Non a caso si era discusso anche sulla coesistenzialità o meno dei principi di legalità e di tassatività e di personalità in un sistema di responsabilità civile sempre più oscillante verso il “*polo sanzionatorio di tipo preventivo e afflittivo*”, concludendosi per il minor rigore e, quindi, per la maggiore duttilità delle tecniche di tutela civilistiche.

Se ne è desunto che l'art. 25 Cost. unitamente all'art. 27 Cost. assolverebbero «*un'esclusiva funzione di garanzia della libertà personale direttamente o potenzialmente (per quanto concerne le sanzioni pecuniarie convertibili) colpita dalla sanzione penale*»²⁸⁰, prescrivendo una rigorosa tipizzazione dell'illecito non necessaria per gli illeciti civili.

La riserva di legge contenuta nell'art. 23 Cost., invece, pur riaffermando la tipicità dell'illecito e della relativa sanzione, non fissa il carattere di tassatività o di determinatezza della fattispecie, attagliandosi così in maniera più adeguata alle modalità con cui il legislatore configura le sanzioni civili²⁸¹.

Dunque, se le Sezioni Unite hanno fatto richiamo ad una norma costituzionale calibrata sulle sanzioni penali caratterizzate dalla principale finalità punitivo-

²⁷⁹ Così F. BRICOLA, *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private*, cit., 51-52. Molti altri Autori condividono lo stesso orientamento del penalista BRICOLA, individuando nell'art. 23 Cost. il fondamento delle sanzioni civili: C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, cit., 331; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., 28; F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., 246.

²⁸⁰ V. ancora F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 50, nonché *amplius* ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, Padova, 1984.

²⁸¹ Cfr. C. DE MENECH, *op. ult. cit.*, 1674.

deterrente, che risulterebbe addirittura “eccessiva” per legittimare l’introduzione di misure sanzionatorie nel campo civile, si potrebbe desumere l’implicita assunzione della natura puramente sanzionatoria dei rimedi ultracompensativi già introdotti dal nostro legislatore ed elencati quale prova positiva dell’acquisita funzione sanzionatoria della nostro sistema di responsabilità civile.

L’ulteriore riferimento all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea fugherebbe, infine, ogni residuale dubbio sulla circostanza che l’intero ragionamento della Corte potrebbe essere stato fatto per delle sanzioni vere e proprie.

L’art. 49 citato, infatti, è rubricato “*Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*” ed è evidentemente calibrato su sanzioni di natura pubblicistica.

Eppure la Corte di Cassazione lo erge a “*presidio basilare per la analisi di compatibilità dei punitive damages all’ordine pubblico*”, riconoscendo a questo istituto una natura quanto meno para-penale e, quindi, con funzione esclusivamente afflittiva.

La Corte prosegue nel ragionamento sostenendo che l’applicazione dell’art. 49 citato comporta che «*il giudice del riconoscimento delle sentenze straniere dovrà verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest’ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione*».

Appare, in questo passaggio, evidente la confusione tra il piano del risarcimento e il piano della pena, accentuata dalla seguente chiosa: «*la proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile*».

Come è stato già rilevato da autorevole dottrina, non solo la proporzionalità del risarcimento, bensì la proporzionalità di qualsivoglia prestazione patrimoniale all'interno di un rapporto tra privati troverebbe le sue radici, più che in una norma di stampo pubblicistico, nella natura del rapporto aquiliano sintetizzata nella continua tensione tra la protezione della vittima e la posizione di chi si assume come responsabile²⁸².

Una volta individuati i principi cardine del sistema della responsabilità civile di derivazione costituzionale, è stata, quindi, affrontata dalla Corte la questione principale della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*.

Le Sezioni Unite accolgono senz'altro una nozione di ordine pubblico "evoluta", come già esplicitata nell'ordinanza n. 9978/2016, senza, però, giungere all'esito radicale secondo cui tutto ciò che non è costituzionalmente vietato debba ritenersi in linea con l'ordine pubblico internazionale italiano²⁸³.

²⁸² Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, cit., 7.

Si veda G. GORLA che ha affermato: «La sanzione, nella sua determinazione e nella sua applicazione, è appunto un problema di proporzione o di giustizia; si può anzi dire che la giustizia è nell'essenza stessa della sanzione» (*Il contratto*, Milano, 1955, 260)

Sul principio di "proporzionalità", che pare confondersi con il controllo di ragionevolezza nella scelta del rimedio più adeguato o del "giusto rimedio", ma che va distinto dalla ragionevolezza perché quest'ultima prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 137 ss., nonché P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *il giusto processo civile*, 2011, 1, 3 ss.

²⁸³ Cfr. C. CONSOLO e S. BARONE, *Postilla minima di messa a giorno, Punitive damages e ordine pubblico- punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. It.*, 2017, 6, 1358.

Infatti, si legge che «*gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca*».

Da tali premesse la Corte di Cassazione trae la conseguenza che, vigendo nel nostro ordinamento il principio di derivazione costituzionale di tipicità e prevedibilità delle condanne aventi ad oggetto prestazioni patrimoniali di carattere sanzionatorio o deterrente, è necessario che anche le sentenze straniere di condanna ai *punitive damages* siano state pronunciate sulla base di una fonte normativa riconoscibile.

Si richiede, pertanto, al giudice del riconoscimento di verificare se nell'ordinamento straniero vi è una legge, o “*simile fonte*”, che parametri in maniera precisa le fattispecie di illeciti e puntualizzi i limiti quantitativi delle condanne irrogabili.

La “*simile fonte*” alla quale allude la Corte di Cassazione dovrebbe essere la regola *iuris* di formazione giurisprudenziale, come risulta implicitamente confermato dal breve *excursus* normativo e giurisprudenziale che la Corte fa sui danni punitivi nell'ordinamento nordamericano.

Con molta probabilità le Sezioni Unite non hanno esplicitato quali altre “simili fonti”, oltre alla legge, possano soddisfare i requisiti per la delibabilità delle sentenze straniere aventi ad oggetto danni punitivi, solo per il timore che tale “apertura” potesse generare l'equivoco della legittimità di condanne pecuniarie sanzionatorie prive di adeguata copertura legislativa anche da parte dei giudici nazionali.

In conclusione, la pronuncia delle Sezioni Unite con la quale è stato segnato ufficialmente il tramonto del dogma della monofunzionalità della responsabilità civile nel nostro sistema potrebbe fungere da prezioso tassello per il riconoscimento di una nuova categoria di rimedi sanzionatori che, accanto a quelli propriamente risarcitori, sarebbero stati introdotti dal legislatore per rispondere alle nuove esigenze di effettività della tutela di situazioni giuridiche di rilievo costituzionale.

3.3. Le fattispecie di restituzione del profitto ingiustificato: il *disgorgement of profits*.

Si è già accennato che tra i motivi di insoddisfazione verso il rimedio risarcitorio, nel settore dei diritti della personalità, vi è la consapevolezza che una condanna ad una prestazione risarcitoria parametrata al solo danno subito dalla vittima sarebbe priva di qualsiasi efficacia deterrente, perché quest'ultimo potrebbe essere di gran lunga inferiore al profitto ricavato dall'autore della violazione.

Ciò accade spesso in caso di violazione dei diritti della personalità e dei diritti su beni immateriali, rientranti nel settore della proprietà intellettuale e industriale, allorquando si produce il fenomeno dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto.

Si tratta di quel settore che è stato definito dalla dottrina che si è maggiormente occupata del tema quale «*angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali, ma solo arricchimenti*»²⁸⁴, nel quale il principio di efficienza della responsabilità civile pone l'esigenza che il tipico rimedio

²⁸⁴ Si fa riferimento all'opera monografica di SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 11.

risarcitorio sia affiancato da rimedi ulteriori, caratterizzati da elevate potenzialità deterrenti²⁸⁵.

Secondo un orientamento dottrinale, il problema di effettività della tutela potrebbe essere risolto, *de jure condito*, abbandonando del tutto il campo della responsabilità civile per entrare in quello dei rimedi puramente restitutori ed individuando nell'azione generale di arricchimento ex art. 2041 cod. civ. lo strumento per realizzare la riversione del profitto illecito²⁸⁶.

Tale azione potrebbe, quindi, essere esercitata anche in assenza di un impoverimento e superando in via ermeneutica l'ostacolo rappresentato dal limite dell'obbligo restitutorio dell'arricchimento alla "*correlativa diminuzione patrimoniale del danneggiato*"²⁸⁷.

²⁸⁵ P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 10065.

²⁸⁶ Tale orientamento dottrinale fa capo a NICOLUSSI, che ha distinto l'area della responsabilità civile, contrassegnata da ingerenze distruttive, concernendo la lesione del diritto sotto l'aspetto della facoltà di godimento, dall'area dell'arricchimento ingiustificato, nella quale rileva la lesione del potere esclusivo di disporre di un diritto. Secondo tale teoria, quindi, è proprio l'arricchimento ingiustificato a garantire al titolare del diritto la spettanza dei guadagni derivanti dallo sfruttamento economico dello stesso. Nella sua principale opera sul tema si legge, infatti, che: «*nell'arricchimento ingiustificato non si tratta di collegare delle conseguenze dannose a un fatto imputabile a un determinato soggetto, calcolando quale sarebbe stata l'entità del patrimonio ove non si fosse verificata la lesione, ma di mettere in relazione due patrimoni per stabilire se in uno sia entrato qualcosa che invece spettava all'altro o, più in generale, se uno si sia arricchito a danno dell'altro. In coerenza con la funzione restitutoria dell'istituto, il quale dà attuazione al principio unicuique suum tribuere, il tratto essenziale del danno è quindi il suo correlarsi indefettibilmente con un arricchimento*» (*Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 408).

²⁸⁷ Per A. ALBANESE l'espressione contenuta nell'art. 2041 cod. civ. secondo cui l'arricchimento del soggetto responsabile debba essere restituito nei limiti della

Un altro Autore ha, invece, individuato nella disciplina della gestione di affari altrui (art. 2028 ss. cod. civ.) il rimedio che realizzerebbe l'effetto della "riversione del profitto ingiustificato" al titolare del diritto, anche in caso di "ingerenza predatoria" o usurpativa nella sfera giuridica altrui. Si tratterebbe propriamente di un unico rimedio restitutorio, estraneo alla categoria delle pene private, in quanto seppur di natura ultracompensativa, non altererebbe *in peius* il patrimonio del responsabile, bensì si limiterebbe a rimuovere il plus-valore che è stato creato dall'illecito²⁸⁸.

Presupposto per l'operatività del rimedio *de quo*, però, dovrebbe essere l'illiceità della condotta connotata dall'elemento soggettivo della mala fede, perché, altrimenti, l'ordinamento consentirebbe all'autore della violazione di ritenere

"correlativa diminuzione patrimoniale del danneggiato" svolge semplicemente la funzione di «*identificare il soggetto legittimato all'azione, rappresentando il necessario collegamento, non tanto tra arricchimento e impoverimento, quanto tra la persona dell'attore e la persona del convenuto*» (*L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno, in Contratto e impresa, 2009, 826 e amplius Id., Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa, Padova, 2005, 327 ss.*).

Cfr. anche la teoria del NICOLUSSI che si fonda sulla distinzione tra "regole di fattispecie" e "regole di disciplina" (*Lesione del potere di disposizione e arricchimento, cit., 399 ss.*)

²⁸⁸ P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, 831 ss. La tesi è compiutamente esposta anche nella sua monografia *"La gestione di affari altrui"*, Torino, 1999, 3 ss. e 65 ss., oltre ad essere stata accolta da Guglielmetti, *La gestione di affari altrui e la riversione degli utili*, in A.I.D.A., 2000, 186 ss.

Ulteriore fondamento normativo per la restituzione del profitto lucrato grazie all'ingerenza nell'altrui sfera giuridica è stato individuato nell'art. 1148 cod. civ., che disciplina gli obblighi restitutori del possessore *sine titulo* (v. G. GITTI, *Il "possesso di beni immateriale" e la riversione dei frutti*, in A.I.D.A., 2000, 170).

l'eventuale plus-valore da lui lucrato, come emerge dalla lettura della norma prevista per l'azione generale di arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.)²⁸⁹. Tuttavia, i rimedi di natura propriamente restitutoria non sarebbero di per sé soli idonei a garantire la piena attuazione del principio di diritto espresso nella massima “*tort must not pay*”²⁹⁰, tutte le volte in cui il risultato dell'operazione realizzata dall'autore della violazione abbia avuto esito negativo, sicché si richiede l'introduzione di specifici ed ulteriori rimedi da parte del legislatore con funzione deterrente.

La giurisprudenza ha tentato di ovviare al problema della scarsa effettività del rimedio risarcitorio adottando criteri di liquidazione dei danni derivanti dallo sfruttamento abusivo di opere di ingegno o dell'immagine altrui molto più affini al rimedio di *common law* del cd. *disgorgement* (traducibile con l'espressione “retroversione degli utili illeciti”), che conferisce alla vittima l'opportunità di ottenere un “risarcimento” basato non già sulla perdita subita, ma sui profitti realizzati dall'autore della violazione²⁹¹.

²⁸⁹ V. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 63 e *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, 1149 ss.

Contra SACCO (*L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 116 e 125) che ha sostenuto la vigenza del principio generale in base al quale la restituzione del profitto netto realizzato mediante un'iniziativa antiggiuridica sarebbe dovuta al titolare del diritto leso indipendentemente dalla buona o mala fede dell'autore dell'iniziativa stessa (arg. ex artt. 535, comma 2, 1776, 2038, comma 1 e 2032 cod. civ.).

²⁹⁰ Si tratta della massima con la quale Lord Devlin motivò la propria decisione nella storica sentenza *Rookes v. Barnard* del 1964, cit.

²⁹¹ Per un esame del *disgorgement* nel suo ambito della *law of restitution* e nella sua evoluzione si vedano gli scritti di P. PARDOLESI: *Vorrei ma...sviluppi in tema di «disgorgement»*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011; Id., voce *Disgorgement*, *Enc. giur.*, (Sezione Aggiornamenti), XIV, Roma, 2006, 1;

Il criterio da sempre più utilizzato è stato, però, quello del cosiddetto prezzo del consenso (o risparmio di spesa), attraverso il quale viene liquidato l'ammontare del corrispettivo che si sarebbe potuto ricavare dalla stipulazione di un ipotetico contratto di utilizzazione economica dell'opera di ingegno o della propria immagine, o anche il criterio del profitto ricavato dall'autore dell'illecito²⁹².

Id., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; Id., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il «disgorgement»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717.

²⁹² Cfr. Cass., sez. III, 15.04.2011, n. 8730, in *Foro it.*, 2011, 11, I, 3068, con nota di PARDOLESÌ che ha sostanzialmente avallato quell'indirizzo giurisprudenziale che individua tra i criteri di liquidazione del danno da abusivo sfruttamento dei diritti della personalità (nel caso di specie si trattava del diritto all'immagine) quello dei vantaggi economici di cui si sia appropriato indebitamente l'utente abusivo: «*trattasi di criterio che deve essere in linea di principio condiviso - ove il danneggiato non possa dimostrare altre, più specifiche e rilevanti voci di danno, come nel caso in esame - ma che deve essere applicato con estrema accortezza, tenendo conto del pregiudizio effettivamente subito dalla danneggiata.*

Non è detto infatti che il legittimo titolare del diritto di sfruttamento economico avrebbe avuto analoghe possibilità di sfruttare l'opera (senza alcuna spesa aggiuntiva), nei tempi, nei luoghi, secondo le modalità e con riferimento al target, ai quali ha avuto occasione di accedere l'utilizzatore abusivo. Sicché è dubbio che sia sempre configurabile un danno emergente.

E' più agevolmente ipotizzabile un lucro cessante, cioè la perdita del vantaggio economico che il titolare del diritto avrebbe potuto conseguire se avesse ceduto a titolo oneroso i diritti sull'opera, per il tempo e nei termini in cui sono stati abusivamente esercitati.

Ma anche in questo caso trattasi di criterio virtuale di valutazione, che potrebbe presentare un certo grado di arbitrarietà (non è detto che si sarebbe potuto reperire sul mercato un acquirente, a quelle condizioni ed in quei termini).

E' prevalente, tuttavia, l'esigenza di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili in vece e luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriarsene.

Come è stato osservato dalla dottrina, sia le liquidazioni del danno fondate sugli utili percepiti dall'autore della violazione, sia quelle fondate sul cd. prezzo del consenso, non potrebbero affatto trovare cittadinanza nell'alveo dell'istituto risarcitorio, in quanto non vi sarebbe alcuna correlazione tra i criteri *de quibus* e il danno subito dalla vittima della violazione.

Né varrebbe il tentativo di giustificare l'utilizzo di quest'ultimo criterio quale presunzione semplice del fatto che il titolare del diritto sul bene immateriale lo avrebbe sfruttato economicamente, se non si fosse verificato l'evento lesivo, perché si tratta, in realtà, di una massima di esperienza che viene utilizzata quale mezzo di prova *prima facie*, di "un'autentica fictio"²⁹³. Oltretutto, tale criterio di liquidazione del danno non risulterebbe neppure idoneo a produrre un effetto deterrente, in quanto in concreto «*privilegia[re] l'autore della lesione, nonché più in generale i tentativi di aggirare il mercato mediante le regole della responsabilità civile*»²⁹⁴.

Da qui il principio - elaborato dalla dottrina e da tempo recepito dalla giurisprudenza - per cui i suddetti utili debbono essere devoluti a vantaggio del titolare del diritto: finalità che si persegue piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, diretta ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi, più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali; in parte ispirata ai principi in tema di indebito arricchimento, per cui l'utilizzatore abusivo è tenuto a restituire al titolare dei diritti sull'opera le utilità che ne abbia abusivamente tratto (cfr., per alcune applicazioni del principio, Cass. civ. Sez. 1^a, 7 marzo 2003 n. 3390; Cass. civ. Sez. 3, 16 maggio 2008 n. 12433; Idem, 11 maggio 2010 n. 11353)».

²⁹³ P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., 853 che richiama anche PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

²⁹⁴ In effetti, l'entità del risarcimento viene commisurata al corrispettivo contrattuale che sarebbe stato oggetto di un eventuale accordo preventivo per l'utilizzazione economica del bene immateriale. Così P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 137.

La rigida chiusura che ha manifestato per lungo tempo la nostra giurisprudenza di legittimità verso torsioni punitivo-deterrenti della responsabilità civile avrebbe, poi, contribuito sia ad accrescere l'insoddisfazione nei confronti del rimedio risarcitorio compensativo, sia a generare contraddizioni nel sistema, in considerazione della diffusione dell'orientamento che ammetteva in materia di sfruttamento abusivo dei diritti della personalità che il risarcimento del danno venisse "piegato" per finalità punitive²⁹⁵.

Si è reso, pertanto, necessario l'intervento del legislatore che ha assecondato tali esigenze di effettività della tutela, riportando armonia nel sistema e positivizzando i criteri di liquidazione da sempre utilizzati dalla giurisprudenza, mediante la modifica dell'art. 158 della legge sul diritto d'autore²⁹⁶, oltreché dell'art. 125 del

²⁹⁵ Cfr. Cass., sez. III, 15.04.2011, n. 8730, *cit.*.

²⁹⁶ Si tratta delle modifiche apportate con l'art. 5 d.lgs. del 16 marzo 2006, n. 140 (cd. decreto *Enforcement*), di attuazione della Direttiva n. 2004/48/CE, con la quale l'Unione Europea si è adeguata all'accordo TRIPS sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale. All'art. 3 della Direttiva *de qua* è previsto che i legislatori nazionale debbano prevedere misure, procedure e mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, che siano leali, equi, non inutilmente complessi o costosi, che non comportino termini irragionevoli né ritardi ingiustificati, oltre che effettivi, proporzionati, dissuasivi e applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi. Per uno studio approfondito sulla Direttiva *Enforcement* si vedano: L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali*, Milano 2005. V., altresì, G. DRAGOTTI, *L'attuazione delle direttive "enforcement"*, in *R. d. ind.*, 2006, II, 21 ss.; M. A. CARUSO, *Enforcement dei diritti della proprietà intellettuale e globalizzazione*, in *D. aut.*, 2008, 181 ss.; B. CUNEGATTI, *Prime osservazioni sulla direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 "sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale": come dovrà cambiare il diritto d'autore in ambito nazionale*, in *D. aut.*, 2006, 169 ss.; M. TOGLIATTO, *Note a prima lettura sul Decreto di recepimento della Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2006, 594 ss.

d. lgs. n. 30/2005 (cd. codice della proprietà intellettuale), che prevedono che alla vittima della condotta illecita venga offerta la possibilità di ottenere «*un risarcimento di matrice punitivo/sanzionatoria in grado di assicurare, da un lato una semplificazione delle criticità connesse alla determinazione del ristoro e, dall'altro, il superamento dei rischi sottesi all'idea tradizionale in forza della quale l'autore dell'illecito è obbligato esclusivamente a compensare la vittima per il danno arrecato*»²⁹⁷.

Entrambe le norme, infatti, codificano i criteri attraverso i quali si deve sostanziare quell'equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto,

L'art. 158 della legge 633/1941 così recita al secondo e terzo comma: «*Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile.*»

L'art. 125 del codice della proprietà industriale stabilisce in maniera pressoché analoga, sotto la rubrica “*Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione*” che: «*1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.*

2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso [...].».

previsto dall'art. 2056, secondo comma, cod. civ., ed in base ai quali il giudice deve procedere alla liquidazione del lucro cessante, menzionando, in particolare, il criterio degli utili o dei benefici realizzati dall'autore della violazione.

Ma la grande novità legislativa è rappresentata dall'autonomo rimedio restitutorio del comma terzo dell'art. 125 del codice della proprietà industriale che prevede che «*in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento*». In tal modo, viene introdotto uno strumento di tutela *ad hoc* per i casi di “arricchimenti ingiusti”, superando tutti i limiti dei rimedi restitutori già presenti nel nostro ordinamento²⁹⁸.

Dalla lettura delle norme su citate, nonché della Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 140/2006²⁹⁹, emergerebbe, dunque, l'esigenza di

²⁹⁷ P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento dell'immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2,1, 542.

²⁹⁸ Il nuovo rimedio restitutorio, infatti, non risente del limite della sussidiarietà proprio dell'azione di arricchimento ingiustificato, né del limite rappresentato dalla diminuzione patrimoniale subita dalla vittima della violazione. L'efficacia del rimedio è legata anche dall'irrelevanza dello stato soggettivo dell'autore della violazione, potendo trovare applicazione anche in caso di comportamento incolpevole. Infine, il diritto alla restituzione degli utili si colloca su un piano diverso dal risarcimento del danno, per cui la condanna del responsabile alla restituzione degli utili non è condizionata dalla prova del danno (cfr. M. BARBUTO, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Dir. ind.*, 2012, 154 e D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2009, 1176). Tuttavia, il cumulo tra risarcimento e restituzione è ammesso solo nel caso in cui il profitto superi l'ammontare del danno patito oggetto del risarcimento.

²⁹⁹ Nella Relazione di accompagnamento viene dichiarato espressamente di aver inteso «*le misure del risarcimento del danno e della reversione degli utili come operativamente e concettualmente distinte essendo peraltro riconducibili al profilo della reintegrazione del patrimonio leso e a quello – ben diverso – dell'arricchimento senza causa*».

tenere distinto il “risarcimento del danno” dal rimedio restitutorio previsto dall’art. 125 del codice della proprietà industriale.

Tale distinzione tra i due rimedi ha, quindi, sollecitato la dottrina a domandarsi se il legislatore si sia limitato a codificare nuovi criteri di liquidazione del danno per il risarcimento in senso stretto o se, piuttosto, abbia introdotto nel nostro sistema un rimedio ultracompensativo di altra specie.

Secondo un orientamento dottrinale, infatti, avrebbe trovato ingresso nel nostro ordinamento un rimedio nuovo, di ispirazione anglosassone, che seguirebbe la logica della “pena privata” o dei “danni punitivi”³⁰⁰.

D'altronde, in un'ottica comparatistica si dovrebbe prendere in considerazione che negli ordinamenti di *common law* il rimedio del *disgorgement of profits* presenta una natura *quasi-punitive*, a forte valenza sanzionatoria, desumibile dal fatto che la sua commisurazione costituisce un elemento del *punishment*, in quanto legata all'ammontare di qualsiasi beneficio ricevuto dal *wrongdoer*³⁰¹.

Secondo un'altra tesi, invece, il legislatore avrebbe introdotto un rimedio più vicino a quelli di natura restitutoria e che solo perché «*prigioniero di un'ottica ristretta e quindi incapace di cogliere il senso europeo della tutela restitutoria, l'ha in qualche modo confusa con il risarcimento del danno, perdendo così l'occasione di dare attuazione in maniera adeguata alla direttiva*»³⁰².

³⁰⁰ Questa è l'opinione di P. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, 543.

³⁰¹ Così P. PARDOLESI, in *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 53 ss., che riporta anche l'ampia definizione dottrinale dei “danni punitivi” secondo cui «*damages awards that give the victim more than he lost or is expected to lose and that take into consideration the seriousness of the wrongful act are likely not purely compensatory but instead influenced by punitive purposes*».

³⁰² In questo senso C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 195.

Vi è, infine, chi ha ritenuto che il rimedio rientrerebbe senz'altro nella categoria del risarcimento del danno ma, pur abbandonando qualsiasi finalità riparatoria e assumendo una connotazione fortemente sanzionatoria, non necessariamente acquisterebbe una connotazione punitiva.

In altri termini la presenza di un momento non riparatorio non può certo portare l'interprete ad abbracciare conclusioni sulla sussistenza di un rimedio punitivo³⁰³.

Da ciò discenderebbe che la lontananza del rimedio in parola dalla logica indennitaria propria del risarcimento del danno aquiliano, da un lato non costringerebbe l'interprete a dover guardare necessariamente oltre le "frontiere" della responsabilità aquiliana, e dall'altro non imporrebbe di riconoscere nello stesso una nuova reazione sanzionatoria dell'ordinamento ad un illecito civile.

La Corte di Cassazione, sia nell'ordinanza n. 9978/2016, sia nella pronuncia a Sezioni Unite, n. 16601/2017, menziona gli artt. 158 della legge 633/1941 e l'art. 125 del d.lgs. 30/2005, tra i rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria, che dimostrerebbero l'acquisita polifunzionalità della responsabilità civile e, in particolare, l'acquisizione di una curvatura deterrente-sanzionatoria³⁰⁴.

Ebbene, con riferimento a tale rimedio si potrebbe ritenere correttamente individuata la loro natura essenzialmente risarcitoria da parte della Corte, in quanto il legislatore, ben richiamando le norme cardine del risarcimento del danno da illecito aquiliano, gli artt. 1223, 1226 e 1227 cod. civ., non avrebbe introdotto

³⁰³ Così G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in NGCC, 2008, 27 ss.

³⁰⁴ Cfr. *supra* l'esame della pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601/2017.

delle vere e proprie pene private o “danni punitivi”, quali “correttivi” alle regole di responsabilità civile, ove queste fallissero³⁰⁵.

Il rimedio introdotto in attuazione della direttiva *Enforcement* rimarrebbe, quindi, nell'alveo dei rimedi risarcitori, essendo comunque la sua applicazione subordinata alla prova rigorosa dell'*an* del danno derivante dallo sfruttamento abusivo dei diritti della personalità o dei diritti su beni immateriali.

Il legislatore avrebbe, cioè, semplicemente codificato dei criteri di liquidazione del danno per agevolare il giudice in un settore in cui anche il danno patrimoniale appare “sfuggente”, affinché le difficoltà probatorie non vadano a danno delle vittime di violazioni di diritti di rilievo costituzionale.

Sebbene tali criteri possano sembrare ispirati ad una logica sanzionatoria, perché collegati principalmente alla sfera del danneggiante piuttosto che del danneggiato, tale circostanza non sarebbe di per sé sola sufficiente a qualificare il rimedio predisposto dal legislatore come punitivo.

Dunque, anche in questo settore, come in quello del danno non patrimoniale, varrebbe la regola secondo la quale è la prova del danno che può dirsi *in re ipsa*, non il danno. Sul piano della prova dei cosiddetti danni-conseguenza si ammette, infatti, che l'attore in giudizio possa godere di facilitazioni agganciate al congegno presuntivo, stabilendo anche una soglia sotto la quale il giudice non può scendere per la liquidazione.

³⁰⁵ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 23 ss., il quale osserva che «*le regole di responsabilità civile mirano a coordinare una serie di azioni sociali che sfuggono alla regolamentazione di comandi centrali. Ove tale coordinamento non sia raggiunto, o venga gravemente alterato, si ha un fallimento delle regole e diviene necessario un intervento correttivo che può essere ben rappresentato dai danni punitivi*».

Come si è già avuto modo di chiarire, non tutti i danni dispensati dall'onere della prova dovrebbero essere considerati autenticamente punitivi, ma al massimo si potrebbe ad essi riconoscere natura non riparatoria³⁰⁶.

Tale conclusione sarebbe corroborata dalla circostanza che il legislatore ha sentito l'esigenza, nel settore dei diritti di proprietà intellettuale, di introdurre anche un rimedio di natura restitutoria, in rapporto di concorrenza – anche cumulativa - con quello risarcitorio.

Nel prevedere che “in ogni caso” il titolare del diritto leso possa chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento, il legislatore ha implicitamente riconosciuto che il risarcimento del lucro cessante, proprio perché agganciato al pregiudizio cagionato alla vittima, potrebbe risultare inferiore all'effettivo arricchimento lucrato dall'autore della violazione.

Altra ipotesi che potrebbe ricorrere è quella dell'impossibilità per la vittima della violazione di ottenere qualsivoglia risarcimento per via della mancanza di uno dei presupposti di applicazione dell'art. 2043 cod. civ., a partire dalla sussistenza dello stesso fatto illecito sotto il profilo soggettivo.

Da ciò ne conseguirebbe che *«la finalità deterrente non è perseguita dal rimedio risarcitorio, ma dal rimedio restitutorio o meglio da concorso (=cumulo) integrativo di entrambi»*, perché, come si è visto, entrambi i rimedi da soli non sarebbero qualificabili come rimedi sanzionatori.

³⁰⁶ G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., 330.

3.4. Il danno ambientale e il danno all'integrità del mercato.

La collocazione del “danno ambientale” nel panorama delle sanzioni civili afflittive, qualificato come istituto affatto eccentrico ed idoneo a mettere in crisi la consolidata concezione monofunzionale dell'illecito aquiliano, costituirebbe, secondo molti, una storia ormai conclusasi con l'entrata in vigore del cd. Codice dell'Ambiente o Testo Unico ambientale (d. lgs. n. 156 del 3 aprile 2006) e con le successive modifiche legislative alla Parte VI apportate dall'art. 25 della l. n. 97/2013 (Legge Europea), che hanno posto fine ai richiami della Commissione Europea e alla relativa procedura di infrazione.

L'art. 18 della legge n. 349 dell'8 luglio 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, prevedeva, al comma sesto, tra i criteri di liquidazione del danno all'ambiente per equivalente, in subordine alla riparazione in natura, quello della gravità della colpa, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore, sicché ne veniva riconosciuta una funzione punitiva.

La stessa giurisprudenza di legittimità ne aveva colto la curvatura sanzionatoria, tanto che in sede applicativa i profili punitivi della disciplina del risarcimento del danno per equivalente sono stati accentuati secondo graduazioni diverse³⁰⁷, a fronte di una scarsa applicazione del rimedio del risarcimento in natura.

Ebbene, quello del danno ambientale³⁰⁸ rappresentava proprio il settore nel quale risultavano frequenti le condanne “esemplari” con la chiara finalità di prevenire

³⁰⁷ Per una rassegna della giurisprudenza sul “vecchio” danno ambientale si veda A. D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *NGCC*, 2013, 7-8, 407 ss.

³⁰⁸ Per un esame delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla stessa nozione di “danno ambientale” si veda D. BARBIERATO, *La tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2009, 1412 ss.

gli illeciti in maniera ancora più specifica del risarcimento in natura³⁰⁹ e, quindi, anche al di là del dettato legislativo.

Nonostante gli sforzi della giurisprudenza, tale finalità di prevenzione degli illeciti in un settore delicato come quello ambientale si era rivelata talmente illusoria da rendere necessario un nuovo intervento legislativo³¹⁰, sulla base delle indicazioni offerte dalla direttiva n. 2004/35/CE, con il quale, all'interno di un nuovo Codice dell'ambiente, è stata prevista la primazia gerarchica del risarcimento in natura e la mera residualità del risarcimento per equivalente monetario.

Tuttavia, la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (la n. 2007/4679) in ordine alla non corretta trasposizione della direttiva comunitaria, per non aver il legislatore italiano adottato un regime più orientato alla tutela specifica, sicché con l'art. 5-bis, Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135, è stato ulteriormente modificato l'art. 311 del codice dell'ambiente, che ha accentuato la residualità del rimedio del risarcimento per equivalente monetario³¹¹.

Sull'evoluzione della disciplina sulla tutela dell'ambiente si veda C. BOVINO e B. BIANCANIELLO, *Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti*, in *Corr. giur.*, 2017, 3, 397.

³⁰⁹ V. ancora A. D'ADDA, *op. ult. cit.* e S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, a cura di NICOTRA e SALANITRO, Torino, 2008, 176.

³¹⁰ D. lgs. n. 156 del 3 aprile 2006.

³¹¹ Si tratta dell'art. 5 bis d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee).

Il "nuovo" art. 311 così recita, al secondo comma: «*Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o*

Per quanto riguarda il risarcimento del danno per equivalente monetario, per il quale residua comunque uno spazio di applicazione, il legislatore, ha abbandonato i criteri di liquidazione di ispirazione sanzionatoria della disciplina del 1986 e ha demandato ad un decreto ministeriale la definizione degli stessi *«avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario»*.

La dottrina ha, quindi, commentato tale novità legislativa nel senso di ritenere il rimedio risarcitorio privato della finalità deterrente e della sua connotazione punitiva³¹².

In realtà, l'esclusione della condanna al risarcimento per equivalente del danno ambientale dal novero delle sanzioni private non andrebbe tanto addebitato all'abbandono della logica punitiva da parte del legislatore del 2009 per la

distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato all'effettivo ripristino a sue spese della precedente situazione e, in mancanza, all'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, secondo le modalità prescritte dall'Allegato II alla medesima direttiva, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Quando l'effettivo ripristino o l'adozione di misure di riparazione complementare o compensativa risultino in tutto o in parte omessi, impossibili o eccessivamente onerosi ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quelli prescritti, il danneggiante è obbligato in via sostitutiva al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato, determinato conformemente al comma 3 del presente articolo, per finanziare gli interventi di cui all'articolo 317, comma 5.»

³¹² Cfr. P.G. MONATERI, *Il futuro della responsabilità per danni all'ambiente in Italia*, in B. POZZO (a cura di), *La responsabilità ambientale*, Milano, 2005, 144 e F. D. BUSNELLI- S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 133.

delimitazione dell'entità del risarcimento, bensì già alla previgente disciplina in punto di legittimazione ad agire in giudizio e destinazione delle somme risarcitorie.

Sin dal 1986 la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale era stata riservata allo Stato, nonché agli enti territoriali sui quali avessero inciso i beni oggetto del fatto lesivo, e le somme derivanti da tali crediti risarcitori erano comunque destinate alle casse dello Stato.

Si distingueva, infatti, tra il danno arrecato ai singoli beni o a posizioni soggettive individuali dal danno ambientale, considerato estraneo alla disciplina generale della responsabilità civile³¹³.

Ancora oggi, con la nuova disciplina del danno ambientale, la legittimazione ad agire e, quindi, a ricevere il risarcimento del danno spetta ad un soggetto pubblico, quale è il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio.

D'altronde la stessa Corte Costituzionale³¹⁴, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 311, comma primo, del codice dell'ambiente, nella parte in cui

³¹³ V. M. BETZU, *Giur. cost.*, 4, 2016, 1520 ss.

³¹⁴ Corte Cost., 1.06.2016, n. 126, in *Foro it.*, 2016, 11, I, 3409, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 311 d.lgs. n. 152 del 2006, osservando che, ai sensi della norma, sussiste il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti: sul punto, il giudice delle leggi ha richiamato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in forza del quale la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali spetta non soltanto al Ministro dell'ambiente per il risarcimento del danno ambientale, ma anche all'ente pubblico territoriale che, per effetto della condotta illecita, abbia subito un danno diverso da quello ambientale e derivante dalla lesione di interessi locali specifici e differenziati. La Corte costituzionale ha, altresì, spiegato come la modifica rispetto alla disciplina precedente sia in realtà la conseguenza logica del cambiamento di prospettiva intervenuto nella materia: «*All'esigenza di unitarietà della gestione del bene*

riconosce al solo Ministro dell'ambiente la titolarità della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale, definisce quale “*danno generico, di natura pubblica*” la lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale, distinguendolo dai “*danni diretti e specifici*”. In altri termini, si tratterebbe di un danno pubblico per lesioni di un bene tipicamente adespota, perché inerente alla collettività.

Infine, le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno ambientale disciplinato dalla parte sesta del Codice, affluiscono ad un fondo pubblico con un vincolo di destinazione rispetto agli interventi di riparazione del danno ambientale ³¹⁵.

Appare, quindi, evidente la forte connotazione pubblicistica di questi rimedi “risarcitori” del danno ambientale che li renderebbe estranei alla sfera dell'illecito

'ambiente' non può infatti sottrarsi la fase risarcitoria. Essa, pur non essendo certo qualificabile come amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione».

³¹⁵ Si tratta del fondo istituito dall'articolo 7-quinquies, comma 1, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e le finalità di destinazione sono elencate all'art. 317, comma 5, del Codice dell'Ambiente, così come modificato dall'art. 5-bis del [Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135](#):

- a) interventi urgenti di perimetrazione, caratterizzazione e messa in sicurezza dei siti inquinati, con priorità per le aree per le quali ha avuto luogo il risarcimento del danno ambientale;
- b) interventi di disinquinamento, bonifica e ripristino ambientale delle aree per le quali abbia avuto luogo il risarcimento del danno ambientale;
- c) interventi di bonifica e ripristino ambientale previsti nel programma nazionale di bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati;

aquiliano e alla categoria delle sanzioni private, pur trovando attuazione sul piano civilistico di cui la tutela dell'ambiente non può far a meno³¹⁶, proprio per la sua natura ontologicamente adespota³¹⁷.

d) attività dei centri di ricerca nel campo delle riduzioni delle emissioni di gas ad effetto serra e dei cambiamenti climatici globali.

³¹⁶ Cfr. sul punto S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, *passim*.

³¹⁷ La tutela civilistica è apparsa irrinunciabile anche per garantire il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. Si tratta di un settore presidiato, infatti, non solo da strumenti di controllo pubblico (*public enforcement*) ma anche da strumenti di diritto privato (*private enforcement*) i quali sono immaginati come strumenti complementari che non vivono su piani paralleli, ma che si intersecano tra di loro al fine di meglio proteggere il bene concorrenza. Non a caso, nella Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 si legge (considerando 6) che «*per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza*».

Tuttavia, i rimedi civilistici prescelti dal legislatore nazionale, dando così attuazione alla direttiva su citata, sono rimedi perfettamente inquadrabili nell'alveo dell'azione risarcitoria ex art. 2043 cod. civ., in quanto non hanno, né potrebbero avere portata ultracompensativa.

L'art. 1 del d.lgs. 3/2017 prevede, infatti, espressamente che il risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni. Tale precisazione discende proprio dall'espressa negazione, contenuta nella Direttiva di ogni forma di "risarcimento punitivo" o "multiplo".

Ciò si spiega perché, a differenza del danno adespota all'ambiente e all'integrità del mercato, il danno anticoncorrenziale ricade, invece, nella sfera giuridica di singoli e ben individuabili operatori economici nel mercato. Questi ultimi, infatti, subiscono la sostituzione del loro diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente, sopportando i maggiori costi che l'illecito anticoncorrenziale ha generato.

Né si può riconoscere natura punitiva nel danno da violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello, previsto dall'art. 14 del d.lgs. 3/2017 (contenuto nel Capo V, "Quantificazione del danno") solo perché il legislatore ha previsto

Al pari del danno all'ambiente, il danno all'integrità del mercato, disciplinato dall'art.187 *undecies*, secondo comma, del Testo Unico della Finanza costituisce un danno adespota che viene risarcito secondo criteri e logiche che appaiono lontane da quelle proprio del risarcimento da illecito aquiliano e che viene, pertanto, generalmente annoverato tra le ipotesi di "*danno punitivo*"³¹⁸ già presenti nel nostro ordinamento.

Non a caso, come si è già accennato, sia l'ordinanza di rimessione della questione relativa alla delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, sia la successiva pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno richiamato la norma succitata, contenuta nel Testo Unico della Finanza, quale esempio legislativo dell'introduzione di forme di risarcimento "punitivo" nel nostro sistema della responsabilità civile³¹⁹.

Prima di esaminare la disciplina, al fine di individuare la reale natura del rimedio in parola, va chiarita la nozione di "*integrità del mercato*" intesa quale sussistenza

l'operatività di una presunzione, peraltro semplice, in quanto semmai è la prova del danno che può dirsi *in re ipsa*, non il danno. Sul piano della prova dei cosiddetti danni-conseguenza lo scopo del legislatore è stato, infatti, quello di agevolare le azioni civili risarcitorie nell'ottica del *private enforcement* delle regole protettive della concorrenza (v. G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 441; M. SANTISE, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 12, 1267 ; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Industriale*, 2016, 4, 314).

³¹⁸ In questo senso R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 818; G. LUNGHINI, *L'agiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. soc.*, 2007, 493; E. BELLINI, *Risarcimento per danno all'integrità del mercato e all'immagine della Consob*, in *Danno e resp.*, 2007, 797.

³¹⁹ V. ordinanza n. 9978/2016 e sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., n. 16601/2017, *cit. supra*.

di fatto di tutte quelle caratteristiche (ad es. la correttezza degli operatori e la regolare formazione dei prezzi) che l'ordinamento prevede come proprie di un mercato efficiente.

In particolare, l'integrità del mercato regolamentato costituisce a sua volta condizione essenziale perché gli investitori e i negozianti possano riporre fiducia, ritenere che esso funzioni secondo regole, principi e prassi effettive, riconoscibili ed uguali per tutti, così da adeguarvisi e da contribuire a loro volta alla formazione di un mercato massimamente efficiente.

I reati di abuso del mercato ben possono provocare un'offesa a questo bene-interesse, che risulterebbe strutturalmente adespota, in quanto sarebbe un bene proprio di una collettività più o meno ampia di soggetti, alla stessa stregua del bene "ambiente", per cui il legislatore, oltre a un sistema di repressione penale e amministrativo, avrebbe avvertito la necessità di prescrivere un rimedio civilistico di riparazione pecuniaria della lesione.

L'art. 187 *undecies* del T.U.F.³²⁰ prevede, infatti, che nei procedimenti per i reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato la Consob esercita i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.

In particolare, la Consob *«può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto*

³²⁰ Il precedente Capo IV – "Abusi di informazioni privilegiate e agiotaggio su strumenti finanziari", comprendente gli articoli da 180 a 187-bis, è stato sostituito con il presente Titolo I-bis (artt. 180-187-quaterdecies) dall'art. 9 della l. n. 62 del 18.4.2005 (*Legge comunitaria 2004*).

dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato».

Il riconoscimento della legittimazione ad ottenere il risarcimento del danno all'integrità del mercato in capo ad un'Autorità di Vigilanza come la Consob ha, innanzitutto, fatto sorgere una discussione in ordine alla titolarità o meno in capo alla stessa del diritto leso.

Secondo un orientamento dottrinale, i danni arrecati alla integrità del mercato sarebbero attribuibili alla Consob, quale ente esponentiale degli interessi del medesimo³²¹ che, non essendo riconducibili nella loro titolarità ai singoli operatori del mercato, non sarebbero stati altrimenti riparabili, valorizzandone, così, la funzione riparatoria.

La giurisprudenza di legittimità, in contrasto con quella di merito³²², ha, sin dall'inizio individuato la natura eccentrica del rimedio introdotto dal legislatore nel 2005, ritenendo che l'integrità del mercato sia «*un'entità in sé astratta*», e che i relativi danni siano pregiudizi che ricadono genericamente sugli operatori del

³²¹ G. VIOTTI, «Danno all'integrità del mercato», in *Dir. comm. internaz.*, 4, 2010, 891.

³²² Cfr. Trib. Milano, sez. I, 07/01/2008, in *Red. Giuffrè*, 2011, che afferma che essendo la Consob «*istituzionalmente preposta alla tutela dell'interesse collettivo (costituzionalmente garantito) all'efficienza e alla trasparenza del mercato finanziario*», i reati di agiotaggio e di abuso di informazioni privilegiate ledono l'interesse circostanziato preso a cuore dall'ente che costituisce la ragione d'essere dello stesso. Ne conseguirebbe che proprio la Consob, in conseguenza della commissione dei reati *de quibus*, subisce un danno immediato e diretto dalla lesione dell'interesse all'integrità del mercato e che «*tale danno, sofferto dall'ente a cagione della frustrazione dei propri fini istituzionali deve essere [...], inquadrato nell'alveo dell'art. 2059 cc. e va differenziato ontologicamente dalla lesione all'ordine pubblico economico alla cui tutela è posta la sanzione penale*».

mercato senza che in capo a nessuno di essi sia configurabile una relazione specifica, giuridicamente rilevante, col reato.

Viene, inoltre, respinta l'idea che nel danno all'integrità del mercato si possa configurare un pregiudizio alla sfera giuridica dell'autorità di vigilanza sotto il profilo della frustrazione del perseguimento dei propri compiti istituzionali.

Al contrario quel «*danno che gli operatori del mercato possono lamentare*» discenderebbe in via diretta dal reato di abuso nonostante il corretto svolgimento, da parte della Consob, dei propri compiti di controllo e di vigilanza.

La Corte di Cassazione ha, infatti, osservato che se, invece, fosse davvero configurabile un inadeguato assolvimento da parte dell'autorità dei propri compiti istituzionali, sarebbe più logico guardare ad essa come soggetto responsabile che non come soggetto danneggiato³²³.

Infine, è stata esclusa dalla stessa giurisprudenza anche la tesi che l'espressione «*danni all'integrità del mercato*» sia da riferire all'appannamento dell'immagine della Consob, che potrebbe considerarsi lesa in via autonoma e solo se l'Autorità di Vigilanza si sia attivata con solerzia e tempestività rispetto ai fenomeni illeciti.

Una dottrina, nel tentativo di ricondurre il danno all'integrità del mercato nell'alveo dell'illecito aquiliano, lo ha ricostruito come autonomo «danno economico», oggi anche giuridico, costituito dalla diminuita efficienza del mercato e la cui riparazione in favore della Consob si giustificerebbe alla stregua, se non di un risarcimento in senso proprio, di un «ristoro» disposto al fine di «trasformare il danno in una provvista di mezzi di prevenzione»³²⁴.

³²³ Cass. pen., 20.01.2010, n. 8588, in *NGCC*, 2010, 10, 1001 con nota di T. MAUCERI.

³²⁴ VIGO, *Riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato mobiliare*, in *Aa.Vv., I danni: verso quali prospettive*, Torino, 2008, 53 ss.

Peraltro, l'autonomia di tale pregiudizio dai danni civili risarcibili *ex art. 2043* è data dal fatto che le inefficienze allocative del mercato finanziario create dai reati di *market abuse* si ripercuotono negativamente su soggetti non facilmente determinabili e, comunque, sprovvisti di una specifica relazione giuridicamente rilevante con il fatto illecito.

Secondo un altro orientamento, la riparazione dei danni all'integrità del mercato sarebbe una finzione volta a mascherare una “sanzione civile” con finalità repressivo-deterrenti. Infatti, la sfasatura logica tra il soggetto titolare del diritto leso (il mercato) e quello legittimato a ottenere l'indennizzo (la Consob) viene considerata come un'anomalia che priverebbe di seria verifica la liquidazione equitativa del *quantum debeatur* e giustificerebbe le preoccupazioni di quanti vedono in questo rimedio «una vera leva della repressione penale, in sostituzione di quella, più coerente al sistema, dettata dall'art. 185, comma 2°»³²⁵.

T. MAUCERI ha sostenuto che tale prospettiva sembra in qualche modo rifarsi ad alcuni risultati di un dibattito svoltosi nella prima metà degli anni novanta (a proposito delle prime norme sull'*insider trading* e anche in un'ottica *de iure condendo*) e dei quali, quindi, ha avuto la possibilità di tenere conto lo stesso legislatore. In particolare, va segnalata la tesi secondo la quale, al verificarsi di un reato di *insider trading* (ma il discorso varrebbe a maggior ragione per la c.d. *market manipulation*), dal punto di vista degli effetti economici, non si produrrebbero soltanto l'illecito profitto dell'*insider*, da un lato, e le corrispettive perdite (o i mancati profitti) degli operatori contrapposti (emittenti usurate e *contemporaneous investors*) che ne hanno subito gli effetti distorsivi, dall'altro; si produrrebbe «*altresì un danno al mercato in se stesso come strumento di efficiente allocazione della ricchezza*» (MACCABRUNI, *Insider trading e analisi economica del diritto*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 598 ss.). Infatti, si è ritenuto che tali illeciti provochino una perdita di fiducia e che questa, a sua volta, produca una sensibile perdita di liquidità e di efficienza del mercato.

³²⁵ Così ancora Cass. pen., 20.01.2010, n. 8588, *cit.*

Tale tesi della natura sanzionatoria si basa sull'esame dei criteri di liquidazione collegati al grado di riprovevolezza dell'illecito: «*l'offensività del fatto, le qualità personali del colpevole e l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato*». Del resto, si tratta dei medesimi parametri ai quali sono commisurati i c.d. “moltiplicatori” sia della multa penale (art. 184, comma 3° e art. 185, comma 2°, T.U.F.), sia della sanzione pecuniaria amministrativa (art. 187 *bis*, comma 5° e art. 187 *ter*, comma 5°)³²⁶.

In realtà, la difficoltà di ricondurre il rimedio di cui all'art. 187 *undecies* T.U.F. nella categoria dei rimedi risarcitori privati, sia pure con funzione sanzionatoria, si dovrebbe principalmente individuare nel soggetto destinatario della somma “riparatoria” del danno all'integrità del mercato.

Si tratta, invero, di un soggetto pubblico che non rappresenterebbe neppure indirettamente coloro che possono essere stati eventualmente danneggiati dai reati di *market abuse*. A questi ultimi, infatti, non è negata la legittimazione ad agire per il risarcimento ex art. 2043 cod. civ. dei danni cosiddetti “di massa”, che si distinguono, quindi, dal danno contemplato dalla normativa in esame.

Da ciò deriverebbe che, come per il danno “pubblico” all'ambiente, anche per il danno all'integrità del mercato, il legislatore avrebbe apprestato un rimedio di natura civilistica classificabile quale vera e propria sanzione che può essere irrogata in favore della Consob in conseguenza del mero accertamento della

³²⁶ Cfr. T. MAUCERI, *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato*, in NGCC, 2010, 10, 10992 ss.

sussistenza dei reati di manipolazione del mercato e abuso di informazioni privilegiate³²⁷.

Una volta riconosciuta la natura propriamente sanzionatoria di tale rimedio se ne dovrebbe comunque escludere la riconducibilità alla categoria delle pene private a causa degli svariati caratteri “pubblicistici” dei quali è stata connotata dal legislatore.

La Consob, quale Autorità di vigilanza del settore, è stata, infatti, individuata dal legislatore quale soggetto che, incamerata la somma a titolo riparatorio, non può che destinarla *ex lege* al ripristino dell’interesse leso³²⁸, ponendosi in rapporto di

³²⁷ Vi è stato anche chi, in dottrina, ha elaborato la tesi che la disposizione in esame abbia introdotto un rimedio riconducibile a una funzione non già punitivo-deterrente, bensì *lato sensu* risarcitoria ovvero (rifacendosi a una categoria delineata in tema di danno ambientale da SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in MAUGERI-ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, 381 ss.) a una «funzione deterrente in senso debole»; una funzione, cioè, che si colloca in una posizione intermedia tra quella risarcitoria (configurabile in presenza sia del danno sia di un soggetto danneggiato dotato di una relazione giuridicamente rilevante con l'illecito), e quella deterrente in senso forte (in assenza del danno ovvero in presenza di un danno minore di quello che viene liquidato alla stregua di «risarcimento punitivo»). La caratteristica peculiare di questa funzione intermedia è quella di addossare all'autore dell'illecito danni effettivamente prodottisi, ma rispetto ai quali non può operare una regola risarcitoria in favore dei soggetti di fatto danneggiati (v. ancora T. MAUCERI, *op. ult. cit.*).

L’individuazione di questa “funzione intermedia”, tuttavia, non illumina in ordine alla natura giuridica del rimedio e ben può attagliarsi anche ad un rimedio di tipo sanzionatorio.

³²⁸ Così anche Trib. Milano, sez. III penale, 24.04.2008, n. 2727, in *Guida al diritto*, 2008, 42, 102, anche se conclude per la natura risarcitoria e non sanzionatoria dell’art. 187 *undecies*, secondo comma, TUF.

garanzia – e, quindi, non di titolarità soggettiva - rispetto al bene dell'integrità del mercato.

D'altronde, è stato osservato dalla dottrina che *«la privatizzazione di queste categorie di danni collettivi»* risulterebbe *«funzionale ad alcune moderne dinamiche degli assetti politico-burocratici e di quelli socio-economici»*, nel senso che da un lato, gli enti pubblici non economici sono sempre più “aziendalizzati” e, cioè, impostati a svolgere la propria azione di perseguimento di finalità pubblicistiche secondo modelli di efficienza, di economicità; dall'altro, le scienze economiche si incaricano sempre più di elaborare criteri di calcolo e di misurazione in denaro dei benefici collettivi assicurati dagli obiettivi delle “aziende pubbliche” e dei costi sociali conseguenti agli illeciti che si frappongono al raggiungimento di tali obiettivi³²⁹.

3.5. Le “nuove” sanzioni pecuniarie civili del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n.7.

Con il d.lgs. 15.01.2016, n. 7, pubblicato nella G.U. n. 17 del 22.1.2016, il Governo ha esercitato la delega per la riforma della disciplina sanzionatoria, contenuta nell'art. 2 della legge delega 28.04.2014, n. 67³³⁰, dettando disposizioni

³²⁹ Così T. MAUCERI, *op.ult.cit.*

³³⁰ La delega è, in realtà, stata attuata anche con il coevo d.lgs. n. 8/2017 con il quale sono state dettate disposizioni in materia di depenalizzazione realizzata attraverso la trasformazione degli illeciti penali in illeciti amministrativi, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 2, l. n. 67/2014.

Tale norma ha previsto quali principi e criteri direttivi:

a) la trasformazione in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, ad eccezione di alcune materie (1) edilizia e urbanistica; 2) ambiente, territorio e paesaggio; 3) alimenti e bevande; 4) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 5) sicurezza pubblica; 6) giochi d'azzardo e scommesse; 7) armi ed esplosivi; 8) elezioni e finanziamento ai partiti; 9) proprietà intellettuale e industriale);

in materia di abrogazione di reati ed introduzione di illeciti con “sanzioni pecuniarie civili”.

Si tratterebbe di una vera “novità” per il nostro ordinamento, del primo caso in cui il legislatore abbia espressamente qualificato un nuovo rimedio sanzionatorio come “sanzione civile”. Tale qualifica legale non esonera di certo l’interprete dall’indagine in ordine alla effettiva natura giuridica del nuovo istituto che, come si avrà modo di vedere, sembrerebbe non corrispondere al suo *nomen iuris*.

-
- b) la trasformazione in illeciti amministrativi di una serie di specifici reati previsti dal codice penale, prevedendo in questi casi anche l’applicazione dell’eventuale sanzione accessoria consistente nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell’amministrazione;
 - c) la trasformazione in illecito amministrativo del reato di omesso versamento di cui all'articolo 2, comma 1- bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, ove ricorrano specifici presupposti;
 - d) la trasformazione in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, previste da specifiche disposizioni di legge;
 - e) la previsione, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, di sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche; la previsione come sanzione principale del pagamento di una somma compresa tra un minimo di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000;
 - f) l’indicazione, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, di quale sia l'autorità competente ad irrogare le sanzioni di cui alla lettera e), nel rispetto dei criteri di riparto indicati nell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689;
 - g) la previsione, per i casi in cui venga irrogata la sola sanzione pecuniaria, della possibilità di estinguere il procedimento mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa.

Si esamineranno, quindi, gli elementi costitutivi di tali nuove sanzioni solo dopo aver brevemente illustrato la nascita ed evoluzione della disciplina legislativa all'interno della quale sono collocate.

La storia della riforma in parola consente non solo di cogliere più agevolmente gli scopi perseguiti dal legislatore, ma anche di individuare più chiaramente il loro ruolo all'interno dell'intero sistema sanzionatorio.

Rilevante a tal fine è l'esame dei principi ed i criteri direttivi della delega che sono stati: a) abrogare i reati previsti da alcune specifiche disposizioni del codice penale³³¹ e, in relazione a tali reati, istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili con determinate caratteristiche fissate ai successivi punti d) ed e)³³², fermo il diritto al risarcimento del danno dell'offeso; b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle

³³¹ Tali reati sono i seguenti:

- 1) i delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491;
- 2) il delitto di "ingiuria" ex art. 594 c.p.;
- 3) il delitto di "sottrazione di cose comuni", di cui all'articolo 627;
- 4) i delitti di "usurpazione", "deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi", "invasione di terreni ed edifici", previsti rispettivamente dagli articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-bis;
- 5) il delitto di "danneggiamento semplice", ex articolo 635, primo comma;
- 6) il delitto di "appropriazione di cose smarrite del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito", di cui all'articolo 647 c.p.

³³² Le sanzioni pecuniarie civili devono indicare tassativamente: 1) le condotte alle quali si applicano; 2) l'importo minimo e massimo della sanzione; 3) l'autorità competente ad irrogarla. Devono, altresì, prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera a) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta

disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (*“ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”*) di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia.

Quanto al punto a) è emersa subito l'originalità, rispetto alle precedenti depenalizzazioni del 1981 e del 1999³³³, della scelta compiuta dal legislatore di abrogare norme incriminatrici e di prevedere contestualmente una nuova tipologia di sanzione, definita “civile”, comportante il pagamento di una somma che va ad aggiungersi a quella del risarcimento del danno da irrogarsi nell'ambito di un processo civile.

L'intervento del legislatore delegato sarebbe dovuto, dunque, sostanziarsi più propriamente in una “decriminalizzazione”, poiché l'abrogazione dei reati non è accompagnata dall'istituzione di altrettanti illeciti amministrativi³³⁴, ma mediante il passaggio dalla tecnica di tutela penale alla tecnica di tutela civile di alcuni rilevanti beni giuridici, quali sono l'onore, la pubblica fede e il patrimonio.

dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

³³³ Ci si riferisce alla legge 24.11.1981, n. 689 comportante modifiche al codice penale e al d.lgs. 30.12.199, n. 205 inerente la depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio.

³³⁴ V. A. DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 4 aprile 2014.

In realtà, già negli anni '80 A. DI MAJO aveva iniziato a studiare i primi progetti legislativi di depenalizzazione in favore dell'illecito civile (*La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 191).

La scelta dei beni giuridici la tutela dei quali sarebbe dovuta essere traslata verso la giurisdizione civile è stata fatta dal legislatore sulla base della considerazione della loro “*bassa densità assiologica*”³³⁵, ossia del loro minor grado della rilevanza pubblica.

La delega *de qua* è stata attuata, seppur parzialmente³³⁶, attraverso l’indicazione tassativa delle condotte integranti i nuovi illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie corrispondenti ai reati abrogati, nonché attraverso la creazione di due categorie di illeciti, differenziati tra loro in relazione alla sanzione, individuata in entrambi i casi nel minimo e nel massimo³³⁷.

³³⁵ Così A. CISTERNA, *Ancora più interventi per bilanciare le spinte penalistiche*, in *Guida al dir.*, 8, 13 febbraio 2016, 51 ss.

³³⁶ La delega non è stata, infatti, esercitata in relazione ai reati di cui agli artt. 631 (“*usurpazione*”), 632 (“*deviazione di acque e modificazioni dello stato dei luoghi*”), 633, primo comma (“*invasione di terreni o edifici*”), con riferimento ai quali era stata prevista l’abrogazione, ad esclusione delle ipotesi di cui all’art. 639 bis c.p. (“*casi di esclusione della perseguibilità a querela*”), in quanto, come si legge nella Relazione illustrativa (“*Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*”, Atti del governo sottoposti a parere, n. 246, Camera dei deputati, novembre 2015), si tratta di fenomeni criminali che, anche se di scarsa incidenza sul contenzioso penale, devono continuare a meritare tutela, perché «*in via di drammatica espansione*».

Quanto alla mancata attuazione della delega con riguardo all’art. 10 bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, non vi è traccia nella Relazione illustrativa, il che ha indotto i primi commentatori a ritenere che sia stata una scelta essenzialmente politica (cfr. V. BOVE – P. CIRILLO, *L’esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21).

³³⁷ Nella prima categoria rientrano gli illeciti civili di cui all’art. 4, comma 1, d.lgs., n. 7/2016 per i quali sono previste sanzioni più lievi; nella seconda rientrano gli illeciti civili di cui all’art. 4, comma 4, d.lgs. cit., per i quali le sanzioni sono, invece, più gravi.

In particolare, il legislatore, con riferimento ad entrambe le suddette categorie di illeciti, ha richiamato pedissequamente i criteri fissati nella delega all'art. 2, comma 3, lett. e) della legge 67/2014 già citata, sicché l'importo della sanzione pecuniaria in concreto irrogabile dal giudice deve tener conto di una serie di circostanze relative esclusivamente alla sfera dell'autore dell'illecito, molto simili a quelle previste dall'art. 133 c.p. in tema di valutazione della gravità del reato ai fini della commisurazione della pena³³⁸.

Alcuni di questi criteri non risultano del tutto inediti per il settore civile in relazione proprio ad istituti riconducibili alla categoria delle pene private.

La “gravità della violazione” è, come si è già avuto occasione di vedere, criterio utilizzato esplicitamente dal legislatore del 1948 ai fini della quantificazione della “riparazione” di cui all'art. 12 della cd. sulla stampa³³⁹, così come il criterio dell'arricchimento del soggetto responsabile rileva ai fini della quantificazione del rimedio di cui all'art. 125, comma terzo, del codice della proprietà industriale³⁴⁰.

³³⁸ L'art. 133 c.p. così recita: «*Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.*

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.»

³³⁹ Si può ritenere implicito il riferimento alla “gravità della condotta” ai fini della liquidazione del risarcimento del danno nella legge Gelli-Bianco (art. 7, comma terzo, della legge 8 marzo 2017, n. 24): v. *supra*.

³⁴⁰ V. *supra*, cap. III, par. 3.3.

Un criterio di commisurazione delle sanzioni in parola piuttosto eccentrico rispetto al sistema degli illeciti civili è, invece, rappresentato dalla “*reiterazione dell’illecito*” che riceve un’apposita disciplina all’art. 6 del d. lgs. 7/2016, riecheggiando la disciplina penalistica della “*recidiva*”³⁴¹.

Tracce dell’origine penalistica di questi nuovi illeciti civili “tipici”, invero, si rinvencono in molti punti della loro disciplina normativa.

In primo luogo la loro necessaria connotazione soggettiva in termini di dolo suggerisce la derivazione da un settore come quello penale nel quale la colpa rappresenta una regola di imputazione soggettiva «*di più tardiva acquisizione, meno grave, legislativamente eccezionale, minoritaria e sussidiaria*»³⁴².

La loro natura fortemente afflittiva ha spinto il legislatore ad introdurre delle previsioni garantistiche in ordine alla non applicabilità delle sanzioni nel caso in cui l’atto introduttivo del giudizio civile sia stato notificato nelle forme di cui all’art. 143 cod. proc. civ., contenente la disciplina delle notificazioni a persona

³⁴¹ L’art. 6 così prevede: «*Si ha reiterazione nel caso in cui l’illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile sia compiuto entro quattro anni dalla commissione, da parte dello stesso soggetto, di un’altra violazione sottoposta a sanzione pecuniaria civile, che sia della stessa indole e che sia stata accertata con provvedimento esecutivo.*

Ai fini della presente legge, si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni.»

Il successivo art. 11 prevede, inoltre, l’istituzione di un apposito registro ai fini dell’annotazione dei provvedimenti esecutivi comminatori di sanzioni pecuniarie civili, la consultazione del quale renderà rilevabile dal giudice la “reiterazione” dell’illecito.

³⁴² Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 323-324.

irreperibile³⁴³, in linea con le disposizioni immediatamente applicabili contenute nella legge n. 67/2014 sulla sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili. Solo nel caso in cui la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo il giudice civile potrà procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria³⁴⁴.

Anche il divieto di copertura assicurativa e l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligo del pagamento delle sanzioni pecuniarie contribuiscono a connotarle

³⁴³ L'art. 143 cod. proc. civ. prevede, infatti, le modalità di notificazioni di atti giudiziari civili nel caso in cui la residenza, la dimora o il domicilio risultino sconosciuti e rappresenta evidentemente una delle forme di notificazione con la quale può risultare più ampia la discrasia tra conoscenza legale e conoscenza effettiva di un atto.

³⁴⁴ Cfr. art. 8 d.lgs. 7/2016, *cit.*

La riconosciuta personalità della responsabilità per gli illeciti depenalizzati richiederebbe una rafforzata tutela del contraddittorio. Il giudice dovrebbe, infatti, "avvisare" il convenuto della possibilità di una condanna sanzionatoria, mettendolo nelle condizioni di esercitare in concreto il proprio diritto di difesa, anche al fine di consentire l'acquisizione al processo di elementi utili ai fini della decisione sanzionatoria. Lo strumento processuale idoneo a tal fine potrebbe essere, quindi, quello previsto dal combinato disposto dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. e 183, comma 4, cod. proc. civ.: il giudice deve indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (v. G. SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2016, 3, 21 ss.).

Rimane, però, aperto il problema dell'effettività del contraddittorio in caso di contumacia del convenuto: v. M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2016, 1, 4, che propone la notifica al contumace dell'atto processuale in cui da parte del giudice si fa valere la pretesa punitiva dello Stato, in sintonia con i principi che emergono dall'art. 292 cod. proc. civ.

in termini di forte afflittività, così da aver spinto il legislatore a sancirne la natura strettamente personale³⁴⁵.

La matrice pubblicistica delle nuove sanzioni è, altresì, evidente nella previsione della loro irrogabilità d'ufficio da parte del giudice civile adito dalla parte offesa per ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'illecito³⁴⁶.

L'art. 8 del d. lgs. 7/2016 stabilisce, infatti, che il giudice civile debba decidere sull'applicazione della sanzione pecuniaria al termine del giudizio qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr. art. 9, commi 4 e 5, d. lgs. 7/2016: «*Per il pagamento della sanzione pecuniaria civile non è ammessa alcuna forma di copertura assicurativa.*

L'obbligo di pagare la sanzione pecuniaria civile non si trasmette agli eredi.»

³⁴⁶ Già la dottrina in sede di commento della legge-delega aveva sostenuto l'opportunità dell'irrogazione *ex officio* di tali sanzioni, sebbene nulla fosse espressamente previsto in merito ai poteri del giudice nel corso del procedimento civile. Cfr. F. PALAZZO (*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 1720) che, in considerazione della originaria perseguibilità a querela dei reati da "decriminalizzare", ha sostenuto ciò: «*la richiesta di risarcimento corrisponde ad un'esigenza di tutela, rispetto alla quale quella punitiva civile si pone come un accessorio che non avrebbe molto più senso lasciare nelle mani del privato corrispondendo essa ad un'esigenza pubblicistica di prevenzione generale. [...] La soluzione, dunque, teoricamente del tutto plausibile, consente di evitare gli inconvenienti pratici verosimilmente derivanti dal rimettere separatamente la disponibilità delle due tutele nelle mani del privato offeso*».

³⁴⁷ L'espresso richiamo che tale disposizione normativa fa, nell'ultimo comma, alle disposizioni del codice di procedura civile comporta la sufficienza del raggiungimento dello standard probatorio occorrente ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria civilistica «*anche ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria*».

Contrario a questa soluzione interpretativa è F. PALAZZO (*op. ult. cit.*, 1721), che propende per l'adozione anche in sede civile dello standard probatorio dell' «*oltre ogni ragionevole dubbio*» enunciato dall'art. 533 c.p.

Da ultimo, la destinazione del provento delle sanzioni a favore della Cassa delle ammende, giusta il disposto dell'art. 10 del d.lgs. 7/2016, sembrerebbe idoneo a fugare ogni dubbio circa la loro natura propriamente pubblicistica.

Ed invero, nella Relazione illustrativa già citata si legge, infatti, che la decisione di devolvere allo Stato la somma irrogata a titolo di sanzione «è stata adottata sul presupposto secondo cui, tenuto conto della funzione general-preventiva e compensativa sottesa alla minaccia della sanzione pecuniaria civile, nonché della vocazione pubblicistica di quest'ultima, appare incoerente prevedere che del provento della sanzione debba beneficiare la persona offesa».

Alla base di questa soluzione adottata dal legislatore, pur nel silenzio della legge delega, vi è stata senz'altro la considerazione che se il provento delle sanzioni fosse stato destinato al privato offeso, si sarebbe incentivato il contenzioso davanti al giudice civile, in netta controtendenza rispetto alla prospettiva di progressiva “degiurisdizionalizzazione” delle controversie adottata dalle recenti riforme in materia di strumenti di risoluzione alternativi al processo³⁴⁸.

Come è stato osservato dalla dottrina processualcivilistica, «qui, il processo civile da strumento di esclusiva tutela dei diritti di privati viene utilizzato in funzione dichiarata di protezione contestuale di interessi pubblici, a guisa di outsourcing

³⁴⁸ Ci si riferisce in particolare alla disciplina della mediazione (d.lgs. 28/2010) e della negoziazione assistita (artt. 2-12 D.L. 132/2014 conv. in l. 162/2014), che sono strumenti definiti genericamente nella prassi con l'espressione anglosassone “*alternative dispute resolution*” (ADR).

dell'azione che avrebbe naturalmente postulato un'iniziativa e conduzione a cura dell'Autorità»³⁴⁹.

La logica di limitare quanto più possibile l'uso della limitata "risorsa giustizia" non verrebbe comunque smentita da tale scelta legislativa in quanto «*per il convenuto lo stimolo alla definizione transattiva (dov'è poi veramente il corrispondente beneficio compensativo dell'attore) si fa elevato, dal momento che, solo evitando la sentenza che definisce la causa intrapresa dal danneggiato, il convenuto si evita il rischio altresì della sanzione pecuniaria civile*»³⁵⁰.

Ma ancor prima il privato offeso potrebbe decidere di rinunciare del tutto alla tutela delle proprie situazioni giuridiche lese dagli illeciti civili ora tipizzati, dovendo valutare attentamente se sopportare ed anticipare le spese dell'accertamento giurisdizionale in sede civile e se è in grado di assolvere l'onere probatorio cui dovrà attendere nel processo.

In altri termini, la pretesa punitiva dello Stato è subordinata non solo all'iniziativa del privato, ma anche all'accoglimento della domanda risarcitoria di quest'ultimo, all'interno di un processo civile "cumulato", nell'ambito del quale al diritto fatto valere dall'attore si aggiunge la pretesa punitiva dello Stato fatta valere d'ufficio dal giudice³⁵¹.

³⁴⁹ F. AULETTA, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, 1554.

³⁵⁰ Così ancora F. AULETTA, *op.ult.cit.*, 1554 ss.

³⁵¹ Così M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, cit., 4.

Cfr. anche A. VILLA, *Il giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 187.

Cionondimeno, tale condizionamento dell'esercizio del potere sanzionatorio dello Stato all'iniziativa e all'interesse del privato non farebbe certo venir meno la natura squisitamente pubblicistica della condanna officiosa al pagamento della sanzione pecuniaria, trattandosi di una fattispecie riconducibile a quella di un'iniziativa *«totale del giudice nel giudizio su domanda di parte»*, una *«pronuncia officiosa di merito che trae occasione dalla pendenza di un processo retto da una domanda, che è volta al conseguimento di un provvedimento diverso»*³⁵².

D'altronde, se è vero che, in virtù del suddetto condizionamento, il rigetto della domanda risarcitoria del privato non rende più concretizzabile la pretesa punitiva statuaria, è anche vero che il riconoscimento della sussistenza della pretesa risarcitoria del privato non comporta alcun automatismo in punto di condanna alla sanzione pecuniaria.

Si dovrebbe, infatti, tenere distinta l'officiosità della condanna dalla sua automaticità rispetto all'accertamento del diritto della persona offesa ad ottenere il ristoro dei danni patiti, in quanto *«sono diversi gli elementi rilevanti in ordine alla sussistenza delle due pretese»*, già solo se si considera la rilevanza dell'elemento soggettivo qualificato dal dolo per l'irrogabilità della sanzione, ma non per l'accoglimento della domanda risarcitoria³⁵³.

³⁵² Cfr. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 169 ss. e F. BARTOLINI, *Le nuove depenalizzazioni e le sanzioni pecuniarie civili*, Piacenza, 2016, 44.

³⁵³ Così M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, cit., che sostiene: *«che le fattispecie rilevanti per dette pretese non siano identiche emerge già, per gli elementi costitutivi, dal profilo psicologico, dovendo per la sussistenza della pretesa punitiva dello Stato aversi il dolo del "colpevole" (art. 3, comma 1°, del provvedimento), mentre per la*

Non si potrebbe, infatti, neppure parlare di una sorta di azione sanzionatoria privata, ossia di una legittimazione esclusiva del privato ad esercitare l'azione punitiva nei confronti dell'autore dell'illecito, a partire dalla considerazione della destinazione pubblica dei proventi delle sanzioni ³⁵⁴.

sussistenza della pretesa risarcitoria del danneggiato è sufficiente anche solo la colpa del danneggiante.

Ma, anche per gli elementi attinenti ai fatti impeditivi, modificativi ed estintivi le fattispecie non coincidono necessariamente, se si pensa al fatto che nel caso di ingiuria lo stato d'ira del "colpevole" determinato da fatto ingiusto altrui, sempre che la condotta illecita sia stata posta in essere nell'immediatezza, non consente la punizione, mentre essa non rileva nella decisione relativa alla pretesa risarcitoria (art. 4, comma 3°). O ancora al fatto che, sempre nel caso di ingiuria, se le offese sono reciproche il giudice può non applicare la sanzione pecuniaria civile ad uno o ad entrambi gli offensori (art. 4, comma 2°).

Senza considerare, poi, gli elementi fattuali che, non attinenti alla sussistenza della pretesa punitiva dello Stato, condizionano piuttosto la commisurazione della conseguente sanzione pecuniaria, essendo ad essi ancorati i criteri per la determinazione del suo ammontare (art. 5).»

Nella nota 16, l'Autore chiarisce, altresì, il rapporto tra la condanna di risarcimento del danno a favore del privato e la condanna alla sanzione pecuniaria, nei termini di «una classica connessione per pregiudizialità-dipendenza, per cui la condanna al risarcimento del danno (più che la sussistenza di questo diritto) è fatto costitutivo della pretesa punitiva dello Stato. La precisazione sull'elemento pregiudiziale non è irrilevante. Se esso sta, non nell'esistenza della situazione pregiudiziale, quanto piuttosto nella pronuncia di accoglimento della domanda su di essa, evidentemente anche il rigetto della domanda risarcitoria per compensazione impedisce l'applicazione della sanzione punitiva.»

³⁵⁴ M. BOVE, *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualcivilistici del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 3, 412 ss.

Il processo civile diventerebbe, quindi, un mero “contenitore” volto ad accogliere il particolare oggetto pubblicistico della pretesa punitiva dello Stato attraverso strumenti sanzionatori di natura altrettanto pubblicistica³⁵⁵.

Ciò a dispetto dell’espresso richiamo che la Relazione al disegno di legge delega della XVII Legislatura, che ha rappresentato la base per l’adozione dell’art. 2, comma 3, legge 67/2014, ha fatto alle “*pene private*”³⁵⁶, nonché alla rubrica e al testo dell’art. 3 d.lgs. 7/2016³⁵⁷ che spingono l’interprete a collocare le nuove sanzioni pecuniarie nell’alveo del diritto privato.

Tali sanzioni pongono, così, *«l’interprete di fronte a uno dei tanti ambiti in cui appare incerto il confine tra diritto pubblico e diritto privato negli ordinamenti giuridici contemporanei»*³⁵⁸.

³⁵⁵ V. A. VILLA, *Il giudizio per l’applicazione delle sanzioni pecuniarie civili*, cit.

³⁵⁶ Nella Relazione al d.d.l. S. 110 della XVII Legislatura, in www.senato.it le sanzioni pecuniarie civili vengono ricondotte al concetto di “pena privata” e si afferma, in particolare che *«mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorquando l’illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato. In tali casi, se il legislatore si limitasse all’eliminazione dell’illiceità penale, gli autori – a prescindere dal risarcimento dovuto alla persona danneggiata – si gioverebbero del vantaggio patrimoniale provocato dal fatto illecito»*.

³⁵⁷ L’art. 3 è, infatti, rubricato “*Responsabilità civile per gli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie*”, collocando i nuovi strumenti sanzionatori nel sistema della responsabilità civile aquiliana. Anche nel testo dell’articolo de quo è fatto un richiamo alle leggi civili, prevedendo testualmente che: *«I fatti previsti dall’articolo seguente, se dolosi, obbligano oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita. Si osserva la disposizione di cui all’articolo 2947, primo comma, del codice civile.»*

³⁵⁸ Di questo avviso è C. MASIERI, *Responsabilità da illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili: nuova forma di tutela (minorata) delle situazioni di appartenenza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6, 2016, 2048.

Da ciò pare, quindi, derivare l'erroneità dell'accostamento di tali nuove sanzioni "civili" pecuniarie ai *punitive damages*, come ha fatto di recente la nostra Corte di Cassazione al fine di aprire la strada alla delibabilità delle sentenze straniere contenenti condanne risarcitorie "esemplari"³⁵⁹.

Ed invero, queste nuove sanzioni pecuniarie, sebbene siano state espressamente definite "civili" dal legislatore sembrerebbero fuoriuscire dall'alveo del diritto privato e, a maggior ragione, dal sistema della responsabilità civile.

La loro connotazione pubblicistica è tale che il processo civile costituirebbe solo una mera "occasione" ai fini della loro applicazione.

Non così per i *punitive damages*, sorti nell'ambito del sistema civilistico dei *torts* a tutela di diritti la cui lesione determina danni difficilmente quantificabili e risarcibili, in una prospettiva originariamente compensativa e solo successivamente di deterrenza e punizione da parte del privato³⁶⁰.

Nel corso della trattazione sui *punitive damages*, si è visto che questi ultimi affondano le proprie radici non in una pretesa punitiva da parte dello Stato rispetto a fatti illeciti meritevoli di sanzioni pubbliche e altrimenti non censurabili, bensì in un'istanza di piena soddisfazione proveniente dal privato, come una forma di rivincita personale alla quale si affianca solo una forma di rivincita del corpo sociale unitariamente considerato nei confronti di una violazione del suo ordine particolarmente grave³⁶¹.

³⁵⁹ Ci si riferisce all'ordinanza della Prima Sezione della Corte Suprema di Cassazione del 16.05.2016, n. 9978 e alla successiva sentenza delle Sezioni Unite del 5.07.2017, n. 16601, più volte citate *supra*.

³⁶⁰ V. *supra*.

³⁶¹ Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 442.

D'altronde la maggior parte dei *torts* dai quali può derivare la concessione dei *punitive damages* in sede civile ha anche rilievo nell'ordinamento penale che, nel sistema nordamericano, “*vive di vita propria*”, nel senso che può procedere di pari passo all'ordinamento civile nell'accertamento dell'antigiuridicità di un determinato fatto, così che i soggetti responsabili di illeciti ambivalenti possano cadere in almeno una delle sue sanzioni³⁶².

Non a caso, il problema del coordinamento tra i due ordinamenti è stato risolto dalla giurisprudenza statunitense nel senso di riconoscere ai *punitive damages* la natura di un “*private remedy rather than a public criminal sanction*”³⁶³, al fine anche di ritenere non applicabile la cd. *double jeopardy clause*³⁶⁴, corrispondente nostro principio di “*ne bis in idem*”.

Nella prima metà del XX secolo è stato, invero, discussa dalla dottrina statunitense la natura “*private*” o “*public*” dei *punitive damages* e se questi ultimi venissero utilizzati nelle *private civil actions* per punire *public wrongs*³⁶⁵, ma tale discussione non ha portato ad alcun risultato significativo perché si dovrebbe

³⁶² Cfr. G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, 444.

³⁶³ V. la giurisprudenza delle Corti statunitensi citata da G. Ponzanelli nell’*op. ult. cit.*, 447, nt. 30 ter.

³⁶⁴ Altra parte della giurisprudenza statunitense ha, però, messo in evidenza che la garanzia della “*Double Jeopardy Clause*”, prevista dal quinto emendamento e corrispondente al nostro “*ne bis in idem*”, si debba estendere anche ai *punitive damages*, dovendo guardare la funzione della sanzione e non la sua qualifica formale (v. F. BENATTI, *Correggere e punire* [...], *cit.*, 73-74). Tuttavia, il riconoscimento di una funzione o di un'essenza sostanzialmente penalistica ai *punitive damages* non ne comporta l'automatica attribuzione agli stessi di una natura pubblicistica.

³⁶⁵ Cfr. F. BENATTI, *op. ult. cit.*, 33 (nt. 106).

comunque tener conto della estraneità alla tradizione della *common law* di una rigida distinzione tra diritto civile e diritto penale³⁶⁶.

Come è stato sottolineato dalla dottrina italiana, infatti, nei sistemi di *common law* si registra una dipendenza forte e condizionante dell'illecito civile da quello penale, tanto che l'illecito civile «nasce nel grembo della responsabilità penale e anche quando raggiunge la sua autonomia mantiene forte la caratterizzazione penalistica»³⁶⁷.

La differenza più significativa si coglie, però, in rapporto al destinatario della somma di denaro dovuta. Nella tradizione di *common law* esso è esclusivamente l'attore del procedimento civile.

Si è avuto modo di vedere che, però, in alcuni Stati americani è stato previsto dal legislatore o dalla giurisprudenza l'applicazione di “*split-recovery schemes*” attraverso i quali viene stabilita la destinazione di una data percentuale dei *punitive damages* a fondi appositamente creati per la tutela delle vittime di illeciti analoghi o a fondi statali generali.

Tuttavia, giova sottolineare che nessuno Stato americano nella cui giurisdizione siano in vigore i *punitive damages* si afferma come titolare esclusivo dell'intero credito, rimanendo una parte sempre destinata al privato offeso.

I destinatari dei proventi dei *punitive damages* sono, dunque, in Inghilterra i privati che agiscono nel processo civile, così come in America — fatta eccezione per alcuni casi — mentre delle sanzioni previste dal d. lgs. 7/2016 unico beneficiario è lo Stato, nell'istituzione della Cassa delle ammende.

³⁶⁶ G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 441.

³⁶⁷ Così G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., 321.

Sulla base di tutte le differenze appena individuate, si potrebbe concordare con quella dottrina che ha ritenuto l'eccentricità delle “nuove” sanzioni pecuniarie civili rispetto all'istituto dei *punitive damages*³⁶⁸.

Si tratterebbe di sanzioni di nuovo conio e di difficile collocazione sistematica, che presentano maggiori affinità con le sanzioni di diritto pubblico – penale o amministrativo - che con le pene private, rimanendo assoggettate ad una disciplina di stampo pubblicistico, seppure la loro irrogazione avviene nel contesto del processo civile.

³⁶⁸ Così C. MASIERI, *Responsabilità da illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili: nuova*

CAPITOLO IV

LE PENE PRIVATE GIUDIZIALI NEL PROCESSO CIVILE

4.1. Le penali per violazione di un provvedimento giudiziale: dalle *astreintes* all'art. 614 *bis* cod. proc. civ.

La categoria delle pene private si arricchirebbe notevolmente se si facessero confluire al suo interno tutte quelle irrogate dal giudice per prevenire o sanzionare la violazione o l'inottemperanza di un provvedimento pronunciato in ambito processuale.

Si tratta, infatti, di misure coercitive pecuniarie che hanno carattere accessorio e strumentale rispetto ad una condanna principale e che vengono irrogate a carico della parte soccombente di un giudizio e a favore di quella vittoriosa, proprio al fine di garantire l'effettiva esecuzione del *dictum* giudiziale di condanna³⁶⁹.

L'effetto di coartazione della volontà del destinatario della sentenza di condanna è realizzato mediante la minaccia del pagamento di una somma di denaro non certo parametrata all'effettivo danno economico provocato dall'inottemperanza della condanna, perché non si tratta di un rimedio risarcitorio. Tali pene giudiziali sono, infatti, commisurate alla gravità della colpa, nonché alle condizioni economiche del soggetto obbligato e hanno la caratteristica di accrescersi con il protrarsi

forma di tutela (minorata) delle situazioni di appartenenza, cit.

³⁶⁹ Sull'effettività delle sentenze di condanna cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; CHIARLONI, *Misure coercitive a tutela dei diritti*, Milano, 1980; PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1975, 620.

dell'inadempimento. Sono state non a caso definite quale «congegno finalizzato a comprimere la libertà di azione dell'obbligato inadempiente»³⁷⁰.

Il modello è rappresentato senz'altro dall'*astreinte* francese, di creazione giurisprudenziale, che è stata oggetto di un'organica disciplina solo a partire dagli anni '70, allorquando si è realizzata l'emancipazione dal modello del risarcimento di un danno "anticipato" rispetto all'inottemperanza della sentenza³⁷¹.

La dottrina francese ha, quindi, definito tale istituto quale «condanna pecuniaria accessoria ed eventuale, generalmente fissata a un tanto per ogni giorno di ritardo, che si cumula alla condanna principale nel caso in cui essa non sia eseguita entro il termine prescritto dal giudice e che tende ad ottenere dal debitore, attraverso la minaccia di un aumento progressivo del suo debito, l'esecuzione in natura di una obbligazione che presuppone un suo fare (o non fare) personale»³⁷².

Come già suggerisce l'etimologia della parola - dal latino "*adstringo*", che significa "vincolare" -, l'*astreinte* assolve ad una funzione essenzialmente deterrente in sede di irrogazione, per poi divenire una vera e propria pena in sede di esecuzione del provvedimento giudiziale.

³⁷⁰ A. DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 532.

³⁷¹ La dottrina aveva, infatti, individuato il fondamento sistematico dell'istituto nella disciplina dei *dommages-intérêts*.

Il riconoscimento legislativo risale alla legge n. 72-626 del 5 luglio 1972. Oggi l'*astreinte* è regolata dalla legge n. 91-650 del 9 luglio 1991, integrata dal decreto n. 92-755 del 31 luglio 1992, che all'art. 33 dispone che «un giudice può, anche d'ufficio, applicare l'*astreinte* per assicurare l'esecuzione della sua sentenza» (cfr. G. CORSI, *Il sì della Suprema Corte all'astreinte straniera*, in *Danno e resp.*, 12, 2015, 1159).

³⁷² BORÈ, (voce) *Astreinte*, *Encyclopédie Juridique Dalloz, civil*, II, 1996, 2.

In essa, dunque, si potrebbero agevolmente individuare tutti i caratteri fondamentali delle pene private³⁷³. Si riscontra sia la necessità dell'iniziativa del privato a richiedere l'intervento del giudice, in quanto appare evidente che primaria è l'esigenza di tutela dell'interesse del privato al rispetto del provvedimento giudiziale che lo ha visto vittorioso, sia la concomitante presenza di un interesse superindividuale, consistente in quello dell'amministrazione della giustizia e dell'autorità delle decisioni giudiziarie³⁷⁴.

Infine, dato altrettanto rilevante è quello della destinazione della somma irrogata alla parte che sarebbe dovuta essere beneficiaria della condanna giudiziale, se

Analoga è la definizione fornita da STARCK, ROLAND E BOYER, in *Obligations, Régime général*, Litec, 1997, 237.

³⁷³ Per la collocazione delle *astreintes* nella categoria delle pene private si veda M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 146 ss.

³⁷⁴ Si tratta di un bene-interesse pubblico che è presidiato anche in sede penale dall'art. 388 c.p. ("*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*"). In realtà, sull'individuazione del bene tutelato dalla norma *de qua*, sono state proposte numerose letture. In particolare, secondo alcuni oggetto della tutela sarebbe l'autorità delle decisioni giudiziarie (VASSALLI, *La mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, 6, 87).

Secondo altri, il delitto in esame tutelerebbe in primo luogo la forza obbligatoria di determinati provvedimenti del giudice ed in secondo luogo - ma in misura prevalente - l'interesse del privato creditore.

Altro indirizzo ancora ritiene, più direttamente, che oggetto della tutela penale sia l'interesse del privato ad avere garantito il proprio credito e che solo indirettamente sia tutelato l'interesse dell'amministrazione della giustizia [in tal senso, pur con diverse sfumature: M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, 18; RONCO, *Provvedimenti del giudice (violazione dei doveri inerenti ai)*, in *NN.D.I.*, app., VI, Torino, 1986, 109; PISA, *Provvedimenti del giudice (mancata esecuzione dolosa di)*, in *Digesto pen.*, X, Torino, 1995, 442; U. PIOLETTI, *Mancata esecuzione dolosa di*

fosse stata prontamente eseguita dal soccombente. Tale somma spetta tendenzialmente alla parte vittoriosa nel giudizio a prescindere dalla ricorrenza di un effettivo danno nella sua sfera giuridica, in quanto la misura coercitiva è del tutto slegata dal verificarsi o meno di conseguenze dannose³⁷⁵. Per tale ragione, non vi sarebbe alcun rischio di confusione di tali rimedi coercitivi con quelli risarcitori ed emergerebbe in maniera nitida la loro funzione deterrente e punitiva³⁷⁶.

Il modello francese dell'*astreinte*, con i caratteri su individuati, è stato imitato da molti altri Paesi, quali il Lussemburgo, l'Olanda, il Belgio e alcuni Paesi dell'America Latina³⁷⁷, così come dal legislatore italiano.

La storia delle *astreintes* nel nostro ordinamento è caratterizzata dalla progressiva estensione del loro ambito di applicazione fino all'introduzione di una misura coercitiva indiretta con portata generale all'art. 614 *bis* cod. proc. civ.³⁷⁸

Prima di tale intervento legislativo, infatti, tali misure non solo erano state previste dal legislatore solo per alcuni settori, quali quello consumeristico e della

provvedimenti del giudice, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, 578].

³⁷⁵ Nell'ordinamento francese esistono anche forme di *astreintes* destinate allo Stato o comunque ad enti pubblici, definite quale *astreinte légale*, di ammontare predefinito (quantomeno nel limite minimo o in quello massimo). La dottrina francese ha, quindi, assimilato tale modello di *astreinte* ad un'ammenda fiscale per la sua destinazione pubblicistica (cfr. STARCK, ROLAND, BOYER, *Obligations, cit.*, 238).

³⁷⁶ V. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1987, 298.

³⁷⁷ V. ad es. E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in Riv. dir. civ., 1988, I, 539.

³⁷⁸ L'art. 614 *bis* cod. proc. civ. è stato introdotto con la riforma del processo civile attuata con la legge 18.6.2009, n. 69.

tutela della proprietà industriale³⁷⁹, ma sono state a lungo ignorate dalla giurisprudenza, così come in dottrina non vi è stata unanimità in ordine alla loro

³⁷⁹ L'art. 140, comma 7, del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), così come modificato dall'art. 1, comma 5, d. lgs. 6 agosto 2015, n. 130 stabilisce che «*con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro. Tali somme di denaro sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori*».

L'art. 124, comma 2, d.lgs. 30/2005 stabilisce che «*pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*».

Anche in materia di transazioni commerciali il legislatore, con il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, ha introdotto delle misure coercitive indirette. All'art. 8 si legge, infatti, che le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, e che, «*in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto*».

Queste tre misure “settoriali”, però, pur essendo state assimilate all'istituto dell'*astreinte* di derivazione francese, non appaiono tra di loro omogenee sotto il profilo del rilevante dato della destinazione delle somme irrogate al fine di coartare la volontà dell'obbligato. Solo le misure previste dal codice della proprietà industriale e dalla legge in tema di transazioni commerciali sono, infatti, destinate alla controparte privata e per

tale ragione, sarebbero qualificabili come pene private, alla stessa stregua delle *astreintes* di origine francese.

Al contrario, l'art. 140, comma 7, del codice del consumo prevede che le somme versate non devono essere attribuite a chi subisce l'inottemperanza ma a soggetti terzi, il Fondo adeguamento pensioni, o il Ministro dell'economia e delle finanze (così come accade per la misura sanzionatoria prevista dall'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4), cod. proc. civ.).

Da ciò deriverebbe il riconoscimento di una natura pubblicistica alla misura *de qua* e all'impossibilità di ricondurla nella categoria delle pene private. La ragione di ciò si potrebbe individuare nell'evoluzione del concetto di interesse collettivo come interesse non pubblico, bensì privato ma "generale" che merita una tutela interamente pubblicistica, sia pure azionata dai privati. Come è stato osservato dalla dottrina, infatti, *«gli interessi superiori perseguiti da tali discipline, quindi, non si risolverebbero in interessi collettivi dei consumatori tout court di cui sarebbero titolari gli enti esponenziali (come l'interesse alla tutela dell'ambiente o dei lavoratori), quanto, piuttosto, nella tutela della concorrenzialità del mercato. Tutela di stampo pubblicistico e interesse generale, affidata in via diretta alle Autorità, e di cui, in via mediata, beneficiano gli interessi omogenei della moltitudine dei singoli consumatori. Private enforcement assicurata dagli artt. 140 e 140 bis c. cons., che presidiano le posizioni individuali della moltitudine dei consumatori, ma, in via mediata, sono comunque strumenti, alternativi rispetto alla public enforcement, a tutela del mercato, e, in alcuni casi, più efficienti»* (così L. TAVORMINA, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. mercato, concorrenza e deterrence*, in *Contratto e Impr.*, 2009, 4-5, 972).

Sul rafforzamento della tutela dei consumatori per mezzo dell'introduzione di un'*astreinte* si vedano: AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5 bis dell'art. 3 L. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, 387 ss. e ID., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori: finalmente un'astreinte*, in www.judicium.it.

Sulla questione che la tutela collettiva degli interessi dei consumatori, sia nell'ipotesi di inibitoria che di azione risarcitoria *«pare rispondere ad esigenze di regolazione del mercato (equilibrio e dissuasione dai comportamenti abusivi) affidate per maggiore efficienza all'iniziativa degli enti esponenziali»* si veda: MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 569; in questo senso già ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim.*

qualificazione alla stregua di misure coercitive-sanzionatorie, assimilabili al modello francese delle *astreintes*³⁸⁰. Ciò perché il tema della coercizione civile è stato trattato sempre con estrema prudenza, se non addirittura con diffidenza³⁸¹.

Mancava quel modello di *astreinte judiciaire*, irrogabile dal giudice per rafforzare la coerenza di qualsiasi provvedimento³⁸² che per la sua portata generale e la destinazione a favore della parte vittoriosa in giudizio non avrebbe più lasciato dubbi sulla loro qualificazione quali misure coercitive indirette rientranti nella più ampia categoria delle sanzioni civili.

Nonostante il legislatore del 2009 avesse già gettato le basi per l'introduzione nel nostro ordinamento di tali particolari pene private di origine d'oltralpe, con l'introduzione dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. non era ancora stato realizzato del tutto il *legal transplant* dell'*astreinte* francese. La norma in questione prevedeva,

dir. e proc. civ., 1954, 928-935 e Id. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 185 e 217.

³⁸⁰ In dottrina vi è stato, infatti, chi le riconduceva alla clausola penale (cfr. JAEGER, *I provvedimenti in materia di privative industriali nel sistema del nuovo processo civile*, in *Giur. it.*, 1944, IV, 71); chi, invece, le intendeva quali forme di liquidazione forfettaria e anticipata del danno derivato dalla continuazione o reiterazione dell'illecito (cfr. AULETTA, *Multe giudiziali e valutazioni di danni futuri in materia di marchi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, 742).

³⁸¹ Sul tema v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, *passim*.

³⁸² La dottrina francese aveva, infatti, distinto l'*astreinte judiciaire* dall'*astreinte légale*, comminabile nei soli casi previsti dalla legge, di ammontare predefinito e destinata allo Stato o ad un soggetto pubblico. L'*astreinte judiciaire* è stata, tuttavia, oggetto di molte critiche, in quanto ritenuta violativa dei principi di proporzionalità della pena e del contraddittorio (cfr. M.G. BARATTELLA, *Le pene private*, *cit.*, 152).

infatti, un meccanismo di coercizione indiretta limitato oggettivamente alle ipotesi di condanna all'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare³⁸³.

Solo con il D.L. 27.6.2015, n. 83, come convertito da L. n. 132/2015, è stata abolita tale limitazione oggettiva dell'istituto attraverso l'integrale sostituzione del testo dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. e della sua rubrica (che ora parla più genericamente di "*misure coercitive indirette*")³⁸⁴.

La nuova norma dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. dispone testualmente che: «*con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento [...]*»³⁸⁵. Al secondo comma stabilisce che: «*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*».

³⁸³ Ciò era specificata nella rubrica della norma "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare".

³⁸⁴ In realtà, il legislatore del 2015 non si è limitato ad incidere sull'art. 614 *bis* cod. proc. civ., bensì ha creato un apposito Titolo IV bis nel Libro III del codice di rito, rubricato «*Delle misure di coercizione indiretta*», nel quale ha collocato la nuova disposizione, rendendo così palese l'autonomia di tale istituto dalle esecuzioni in forma specifica di fare e non fare, disciplinate nel precedente Titolo IV (cfr. S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis cod. proc. civ. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 2, 368).

³⁸⁵ La norma stabilisce, inoltre, che il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ed esclude la sua applicazione alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 cod. proc. civ.

L'estensione dell'ambito di applicazione delle misure coercitive indirette nel processo civile, che, secondo alcuni, non ha comunque posto fine all'ampio dibattito sulla effettiva portata applicativa della misura³⁸⁶, non è stata quindi totale perché continua a sussistere il limite per le condanne al pagamento di somme di denaro, non operante nell'ordinamento francese³⁸⁷.

È stato, infatti, considerato molto più "coraggioso" il coevo intervento legislativo nel sistema processuale amministrativo, dove l'art. 114, comma 4, lettera e), c.p.a. prevede che la "penalità di mora" possa essere irrogata anche nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro³⁸⁸. Tali misure

³⁸⁶ Per il dibattito sulla limitazione dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. alle sole obbligazioni di *facere* infungibile o di *non facere* si veda S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis cod. proc. civ. dopo la riforma del 2015*, cit.

³⁸⁷ Sulla riforma del 2015 v. S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2016, 11. Lo stesso Autore chiarisce che l'ampliamento del campo di applicazione dell'art. 614 *bis* vecchio testo rispetto alla rubrica era stato già tentato in giurisprudenza ed anche in dottrina (cfr. S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e dir. priv.*, *passim*; CONSOLO, *Una buona "novella" al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 6, 2009, 740 s.; CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis cod. proc. civ.*, *Libro dell'anno del Diritto 2012*, www.Treccani.it, 1 ss.).

Sull'iter della riforma v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2014, 389 ss.

³⁸⁸ La lettera della norma, modificata dall'art. 1, comma 781, lett. a), [L. 28 dicembre 2015, n. 208](#), prevede che «salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora

appaiono chiaramente parallele a quelle previste per il processo civile, avendo natura coercitiva e non risarcitoria³⁸⁹.

L'attenzione nei confronti delle misure coercitive indirette si può dire accresciuta di recente perché la giurisprudenza ha dovuto affrontare il problema pratico della riconoscibilità nel nostro ordinamento di provvedimenti di condanna alle *astreintes* di altri Stati.

La nostra Corte di Cassazione, con sentenza del 15 aprile 2015, n. 7613³⁹⁰, ha dovuto in particolare vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano di una misura prevista dall'ordinamento belga, chiaramente ispirata al modello dell'*astreinte* francese.

Trattandosi di un provvedimento di un giudice eurounitario, le norme di riferimento per la Corte sono state quelle contenute negli artt. 34 e 35 del reg. CE n. 44/2001³⁹¹, le quali prevedono l'elenco tassativo dei motivi di rifiuto del riconoscimento degli effetti e dell'esecuzione di "prodotti" giudiziali stranieri.

di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali».

³⁸⁹ Così anche il Consiglio di Stato che ha qualificato la cd. penalità di mora come «misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'*astreinte*, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice», specificando che si tratta di una pena e non di un risarcimento (Consiglio di Stato, 6 agosto 2012, n. 4523, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2068).

³⁹⁰ Tale pronuncia, già citata, è stata pubblicata e commentata in molte Riviste, tra le quali, *ex plurimis*, in *Int'l Lis*, 2016, 1, 16 con nota di M. PILLONI e in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 243 con nota di GIUGLIANO.

³⁹¹ Oggi trasfuso nell'art. 45 Reg. UE 1215/2012.

Il primo motivo è quello della “manifesta contrarietà all’ordine pubblico” che, sin dall’epoca della vigenza della Convenzione di Bruxelles³⁹², deve essere applicata dai giudici degli Stati membri soltanto in casi eccezionali, ossia solo ove il riconoscimento o l’esecuzione della decisione comporti «una manifesta violazione

³⁹² La Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale entrò in vigore l’1 febbraio 1973 fra i sei Stati fondatori della Comunità Economica Europea (Italia, Francia, Germania, Belgio, Olanda e Lussemburgo ed è stata sostituita dal Regolamento CE 44/2001. Tale Regolamento rappresenta il primo frutto del processo di “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato e processuale reso possibile dall’introduzione, con il Trattato di Amsterdam, della cooperazione giudiziaria codificata nel nuovo articolo 65 del Trattato di Roma, ha sostituito e profondamente rivisto la Convenzione, sulla base delle criticità emerse negli anni e degli orientamenti della Corte di Giustizia Europea.

Il Capo III del Regolamento, dall’articolo 32 all’articolo 56, è dedicato al riconoscimento ed all’esecuzione delle sentenze ed ai relativi adempimenti. Caratteristica saliente della disciplina prevista dal Regolamento è la semplificazione delle procedure, accompagnata dalla riduzione al minimo dei possibili motivi ostativi al riconoscimento.

Come per le sentenze pronunciate dai giudici extra-europei, anche per quelle pronunciate dai giudici degli Stati membri il riconoscimento ha luogo in modo automatico (art. 33, par. 1), senza necessità di alcun intervento dell’autorità giudiziaria locale.

La verifica dei requisiti per il riconoscimento è, invece, sempre necessaria quando venga proposto un ricorso contro la dichiarazione di esecutività pronunciata ai sensi dell’art. 41 oppure quando sorge una contestazione sull’efficacia o esecutività della sentenza.

Il Regolamento prevede, all’articolo 34, tre possibili cause di mancato riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese in un altro Paese contraente:

- (i) la contrarietà all’ordine pubblico dello Stato richiesto;
- (ii) la violazione di determinati diritti di difesa;
- (iii) il contrasto con una decisione resa fra le stesse parti.

Con il Regolamento UE 1215/2012 l’eccezionalità dell’istituto è rafforzata dal fatto che la

*di una norma considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico»*³⁹³.

D'altronde, l'art. 49 del reg. 44/2001 si presterebbe ad essere interpretato nel senso di garantire la libera circolazione comunitaria delle misure coercitive a carattere patrimoniale, quando si traducono in misure di coercizione della volontà dell'obbligato dietro la minaccia del pagamento di una somma di denaro³⁹⁴.

Ciò tanto più rileva in quanto la richiesta di *exequatur*, che è stata in seguito sottoposta al vaglio della Corte Suprema di Cassazione, era stata avanzata quando ancora non esisteva nel nostro ordinamento un generale meccanismo di

contrarietà all'ordine pubblico, che può rilevare sotto il profilo sia sostanziale sia processuale, deve essere "manifesta".

³⁹³ Così la Corte di Giustizia, sentenza 6 settembre 2012, C-619/10, *Trade Agency Ltd c. Searmico Investments Ltd*, in *Foro it.*, 2012, IV, 556 con nota di D'ALESSANDRO e in *Int'l Lis*, 2012, 171, con nota di STELLA, *Default judgements inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra aneliti deflattivi esasperati e superiori istanze di un'equa tutela del contumace*.

³⁹⁴ Il riferimento è al concetto di "*periodic payments by way of a penalty*" contenuto nell'art. 49 del Reg. CE 44/2001 nella versione inglese, mentre nella versione francese l'art. 49 fa riferimento alle *astreintes* («*Les décisions rendues dans un État membre condamnant à une astreinte*»).

La dottrina anglosassone si è però sforzata di interpretare il testo inglese alla luce delle altre versioni linguistiche, in modo da garantire una esegesi uniforme. Così, ad esempio, in *Layton-Mercer, European Civil Practice*, London, 2004, 1009 si legge che «*an obligation to make payment on a periodic basis does not seem to be a necessary condition*». Per un approfondimento sul punto si veda E. D'ALESSANDRO, *La circolazione della condanna ex art. 614 bis cod. proc. civ. nello spazio europeo*, in *Giur. it.*, 2014, 4.

Per l'inclusione nella nozione di "*penalty*" anche di altri tipi di misure coercitive indirette si veda M. PILLONI, *La circolazione comunitaria delle astreintes (anche quando la sanzione pecuniaria è destinata allo Stato e non al creditore)*, in *Int'l Lis*, 2013, 36.

coercizione indiretta, sicché il *favor* per la circolazione delle misure di coercizione indiretta nello spazio comunitario sarebbe tale da far escludere che l'assenza legislativa di un tale meccanismo possa essere di per sé solo ostativo al riconoscimento degli effetti di sentenze straniere comminatorie di *astreintes*³⁹⁵.

Ad ogni modo, i giudici di legittimità elencano tutte le misure speciali di coercizione indiretta previgenti alla misura di portata generale dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., individuandole come esempi della preesistenza dell'idea della coercizione indiretta nel nostro sistema, dove l'area dei diritti presidiati da tale rimedio «è venuta man mano ad estendersi».

La Corte si trova, infine, obbligata ad esaminare il rapporto sussistente tra le *astreintes* e i *punitive damages*, in quanto il quarto motivo di ricorso faceva leva proprio su tale accostamento ai fini del riconoscimento della contrarietà all'ordine pubblico del rimedio coercitivo straniero, traendo forza dall'orientamento giurisprudenziale di netta chiusura del nostro sistema a forme di "risarcimento punitivo".

Non volendo smentire la consolidata teoria dell'incompatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico italiano, fondata sull'estraneità dell'idea della punizione dal nostro sistema della responsabilità civile, la Cassazione fa superare alle *astreintes* il vaglio di compatibilità con il nostro ordinamento distinguendole dai *punitive*

³⁹⁵ Sul punto si veda Corte di Giustizia, 21 aprile 2011, C-235/09, *DHL Express France SAS c. Chronopost SA*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 226 ss., con nota di FERRARI, *Una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di pronunce inibitorie e misure coercitive dei tribunali dei marchi comunitari*.

damages. Tale distinzione non è, però, apparsa ad alcuni commentatori convincente, in quanto fondata su basi piuttosto fragili³⁹⁶.

Se è vero che, in effetti, *astreinte* e *punitive damages* mirano entrambi a coartare rispettivamente l'adempimento di «*un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale*» e l'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere*, appare poi labile la distinzione fatta dalla Corte sul piano teleologico tra la funzione deterrente indiretta dell'*astreinte* e quella deterrente propria dei *punitive damages*. Ancora più debole appare, poi, l'argomento secondo cui l'*astreinte* non riparerebbe il danno in favore di chi l'ha subito, ma si limiterebbe a minacciare un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato, lasciando quasi intendere che, all'inverso, i danni punitivi hanno natura compensativa.

La Corte di Cassazione dimostra così di seguire quell'orientamento secondo cui i *punitive damages* sarebbero riconducibili nella tecnica di tutela risarcitoria³⁹⁷, a differenza dell'*astreinte* che presenterebbe i «*caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto*».

³⁹⁶ Cfr. F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 6, 2015, 679. Contra M. PILLONI, *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell'astreinte con l'ordine pubblico interno*, in *Int'l Lis*, 2016, 1, 16, che ritiene, invece, condivisibile l'approdo della Cassazione sulla differenza teleologica tra *astreinte* e *punitive damages*, specificando la differente operatività delle misure coercitive dirette dalle misure coercitive indirette.

³⁹⁷ Sull'equivoco in cui è incorsa la nostra giurisprudenza in punto di qualificazione dei danni punitivi quali rimedi risarcitori, sia pure con funzione sanzionatoria, si veda il cap. III.

A ben vedere, come si è avuto modo di chiarire nel precedente capitolo, una volta individuata la vera natura di pena dei *punitive damages*, quale istituto che fuoriesce dal settore del risarcimento del danno, diventerebbe obbligata la conclusione in ordine all'affinità dello stesso a quello dell'*astreinte*.

La reale differenza tra i due istituti, quindi, si potrebbe cogliere esclusivamente sul piano della loro concreta applicazione: l'*astreinte* è una pena ipotetica che viene minacciata per ottenere una completa deterrenza, mentre i *punitive damages* sono liquidati quando il fatto illecito si è già verificato e quindi operano direttamente come punizione.

Insomma, più che una differenza strutturale tale da non alterare la natura degli istituti³⁹⁸, appare sussistente una differenza di carattere “cronologico”, tant'è che vi è tale contiguità tra l'*astreinte* e i danni punitivi, da far sì che la misura coercitiva indiretta «*se mira a convincere all'adempimento ex post funziona anche come sanzione per il suo contrario*», come, invero, rilevato dalla Corte di Cassazione nella medesima sentenza in esame³⁹⁹.

³⁹⁸ Questa è la tesi di F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, cit.

³⁹⁹ Non convince la tesi secondo cui le differenze ravvisate da M. PILLONI (in *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell'astreinte con l'ordine pubblico interno*, cit.) siano tali da incidere sulla natura degli istituti dell'*astreinte* e dei danni punitivi. L'Autrice parte, peraltro, dal presupposto che i *punitive damages* rientrino pur sempre «*nel campo della tutela risarcitoria, configurandosi con essi una speciale categoria di danno risarcibile: ancorché per il tramite degli stessi si superi la funzione meramente compensativa del risarcimento per abbracciare in primis le finalità afflittive [...]*». Da ciò ne fa discendere la distanza delle misure coercitive che «*non sono forme di riparazione del danno-inadempimento, ma solo strumenti per favorire l'adempimento sì da rientrare a pieno nell'alveo dei mezzi di tutela*».

Peraltro, tale contiguità tra i due istituti è ben evidente dalla lettura della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 5 luglio 2017, n. 16601, che ha indicato i criteri per la riconoscibilità nel nostro ordinamento delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

Come si è già avuto modo di notare, nella sentenza citata la Corte richiama espressamente il precedente del 2015 sulla riconoscibilità delle *astreintes* nel nostro ordinamento, sostenendo che anche le misure coercitive indirette sono sintomatiche dell'emersione di una natura polifunzionale della responsabilità civile «*che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*».

Da ciò deriverebbe che il riconoscimento implicito dell'affinità funzionale sussistente tra le *astreintes* e i *punitive damages* non potrebbe non incidere anche sulla corretta individuazione della loro autentica natura sanzionatorio-punitiva.

Il panorama dei rimedi che sono stati introdotti dal nostro legislatore, “*ricorrendo all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta ai bisogni emergenti*”, oggetto di esame da parte Sezioni Unite ricomprende, infatti, al suo interno delle vere e proprie sanzioni private che ben si possono distinguere dai rimedi risarcitori, sia pure con funzione punitiva⁴⁰⁰.

Riconosciuta l'appartenenza delle *astreintes* alla stessa categoria dei *punitive damages*, il giudice del riconoscimento dovrebbe in definitiva applicare gli stessi criteri ai fini della delibabilità delle sentenze straniere, anche dei giudici comunitari, contenenti misure coercitive indirette.

Pertanto, oltre all'accertamento di un'idonea base normativa, che risponda ai principi di tipicità e prevedibilità, il giudice sarebbe tenuto a verificare in concreto

⁴⁰⁰ V. *supra*, cap. III.

la proporzionalità della misura coercitiva indiretta straniera rispetto alla condotta censurata, ossia tra il sacrificio che con essa viene imposto all'obbligato e l'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione principale.

È pur vero che tale requisito della proporzionalità per le misure coercitive indirette potrebbe essere valutato con minore rigidità rispetto alle altre tipologie di sanzioni civili, in considerazione del dato che le stesse per loro natura lievitano in ragione del ritardo nell'adempimento, sicché basterebbe che l'obbligato adempia per evitare condanne "sproporzionate"⁴⁰¹.

Cionondimeno la proporzionalità andrebbe valutata in termini di ragionevolezza dei criteri di liquidazione della penalità utilizzati "a monte" dal giudice straniero, a prescindere, quindi, dal *quantum* della loro "crescita" per effetto del ritardo nell'adempimento.

4.2. L'art. 709 *ter* cod. proc. civ.

L'art. 709 *ter* cod. proc. civ. è stato introdotto dal legislatore del 2006⁴⁰² nell'ambito di un più ampio progetto di riforma volto a garantire maggiore effettività ai provvedimenti giurisdizionali in materia di affidamento dei figli minori.

Il procedimento disciplinato dalla norma *de qua*, infatti, è funzionale ad assicurare - secondo la formula usata dal secondo comma dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. - «il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento» ovvero la corretta attuazione o esecuzione dei preesistenti provvedimenti emessi in materia di

⁴⁰¹ Così Cass. 7613/2015. *cit.*

⁴⁰² Si tratta dell'art. 2, L. 8.2.2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) che ha introdotto nel codice di rito civile l'art. 709 *ter*.

esercizio della potestà dei genitori (o, più correttamente, in seguito al Reg. CE 2.12.2004, n. 2201/2003, “responsabilità genitoriale”) o di affidamento della prole minore⁴⁰³.

La disposizione presuppone, quindi, la precedente emanazione di un provvedimento avente ad oggetto, secondo la formula della legge, le controversie insorte tra i genitori in ordine: a) all'esercizio della potestà genitoriale; b) delle modalità dell'affidamento⁴⁰⁴.

Il legislatore è intervenuto in un settore del tutto privo di una disciplina di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali, colmando, quindi, quella che era stata definita dai più una grave lacuna del sistema, che aveva dato adito ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle modalità da adottare per l'esecuzione di tali provvedimenti⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Cfr. E. LA ROSA che ha parlato di «*un procedimento speciale volto a regolamentare le conflittualità insorte tra coniugi in ordine alle modalità attuative dell'affidamento dei minori e a gestire positivamente il rapporto genitori-figli, adesso pure sanzionando le inadempienze e le inattuazioni dei provvedimenti giudiziali nella fase patologica del rapporto, nel quadro dell'obiettivo finale di una migliore e più efficace realizzazione del preminente interesse del minore, inevitabilmente coinvolto dalla rottura del menage familiare*» (in *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709 ter cod. proc. civ. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Famiglia e dir.*, 2008).

⁴⁰⁴ La giurisprudenza ha fornito una lettura estensiva della norma, consentendone l'applicazione in presenza qualsiasi provvedimento, relativo all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, indipendentemente dall'eventuale carattere sommario, cautelare o provvisorio del medesimo.

⁴⁰⁵ Per un'analisi del dibattito dottrinale sulle modalità di attuazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei figli minori, specie in una prospettiva *de iure condendo* si veda DANOVÌ, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Diritto di famiglia e delle persone FP*, 2002, 530).

In tal modo, il rapporto tra responsabilità civile e relazioni tra familiari si sarebbe arricchito di un ulteriore elemento, in considerazione del fatto che tale rapporto si

Una prima tesi - generalmente criticata per l'impossibilità di equiparare la persona umana a una cosa - riteneva che fosse applicabile la procedura di esecuzione per consegna e rilascio di cui agli artt. 605-611 cod. proc. civ. (FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991, in part. 232-242).

Un diverso indirizzo dottrinale era nel senso che si sarebbe dovuto dar luogo a una «esecuzione in via breve», un'esecuzione amministrativa, favorita dall'esecuzione indiretta di cui agli artt. 388, 2° co., 650 c.p. (COSTANTINO, *Sull'esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Persona e comunità familiare, Atti del Convegno di Salerno* 5-7.11.1982, Napoli, 1985, 467-470; MALAGÙ, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, 89-103; VACCARELLA, *Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *GI*, 1982, I, 2, 301; nonché, da ultimo, MORANI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti civili relativi alla persona del minore*, in *DFP*, 1998, 1158, ad avviso del quale, in particolare, l'esecuzione forzata extraprocessuale dovrebbe essere curata dal giudice tutelare, con l'ausilio di esperti appartenenti ai servizi sociali, nel rispetto, sia pure in termini essenziali, del diritto di difesa e del contraddittorio).

Un'ultima tesi sosteneva l'applicabilità dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare, atteso che il relativo procedimento di cui agli artt. 612 ss. cod. proc. civ. è in grado di coniugare le garanzie proprie del processo giurisdizionale con la duttilità e la flessibilità necessarie per la delicatezza degli interessi coinvolti (A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1988, 518; LUISO, *Esecuzione forzata in forma specifica*, in *EG*, XIII, Roma, 1989, 4; MINNECI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *DFP*, 1995, 770-788; tale soluzione era approvata in via di principio, ma con riserve, da MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 555).

L'orientamento che in giurisprudenza e dottrina appariva consolidato era, proprio quello secondo cui i provvedimenti relativi all'affidamento della prole fossero suscettibili di esecuzione forzata nella forma degli artt. 612 ss. cod. proc. civ. (cfr. LUISO, voce *Esecuzione forzata. II) Esecuzione forza in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 4; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, 317-318).

sia instaurato in tempi relativamente recenti, con l'avvento della rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.⁴⁰⁶

In particolare, l'art. 709 *ter* cod. proc. civ. ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di progressive misure coercitive per garantire l'effettività di provvedimenti giudiziali aventi per lo più ad oggetto obblighi infungibili⁴⁰⁷.

Al secondo comma l'articolo in commento prevede che *«in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore*

⁴⁰⁶ Cfr. M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2017, 3, 289, relazione tenuta in occasione dell'incontro "Le nuove frontiere del risarcimento del danno", Corte di Cassazione, 2 febbraio 2017, che ripercorre brevemente il complesso percorso dell'ingresso della responsabilità civile nell'ambito dei rapporti familiari: «[...] a) in una prima fase il rispetto dei doveri familiari era presidiato prevalentemente da norme specifiche dei rapporti tra familiari (si pensi ad esempio alla disciplina della colpa, poi dell'addebito o a quella penale dell'adulterio) che solo occasionalmente potevano intersecarsi con quelle della responsabilità civile; b) nella prospettiva delineata dal legislatore del '42, il risarcimento del danno non patrimoniale aveva luogo solo nelle ipotesi tipicamente contemplate dalla legge e, in particolare, in presenza di un fatto lesivo riconducibile ad una fattispecie di reato, il che faceva scrivere al Guardasigilli che l'"offesa" recata da una condotta riprovevole merita una "sanzione afflittiva". L'ingresso della responsabilità civile nell'ambito dei rapporti tra familiari costituisce un fenomeno relativamente recente, favorito anche dalla rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.». ».

⁴⁰⁷ Cfr. ZINGALES (*Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter cod. proc. civ.*, in *Il diritto di famiglia*, 2009, 404) che osserva che «il raggio di applicazione della norma non investe soltanto comportamenti e prestazioni di natura infungibile, non rinvenendosi [...] insormontabili ragioni ostative alla utilizzazione dei provvedimenti in questione anche in caso di inadempimenti di obblighi di natura

inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende».

La giurisprudenza ha sin dall'entrata in vigore della norma *de qua* unanimemente riconosciuto la natura sanzionatoria e deterrente di tutte le misure contenute nell'art. 709 *ter* cod. proc. civ., comprese quelle di cui ai numeri 2) e 3), pur essendo state indicate dal legislatore come “risarcimento dei danni”.

Da ciò è derivato che questa “piccola norma processuale”⁴⁰⁸ sarebbe stata in grado di far divampare un problema centrale di diritto sostanziale concernente la moderna responsabilità civile, ossia quello della sua plurifunzionalità anche in senso sanzionatorio.

Soprattutto la giurisprudenza di prossimità o, più in generale di merito, ha evidenziato «l'affinità strutturale e funzionale del danno risarcibile ex art. 709 *ter* cod. proc. civ. con il “vecchio” danno morale soggettivo» e ha continuato imperterrita a farlo anche dopo che le Sezioni Unite «hanno dato risposta negativa a tutti gli interrogativi relativi alla possibile differenziazione anche funzionale, fra le diverse voci di danno non patrimoniale»⁴⁰⁹.

economica gravanti sui genitori». Contra F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento* (art. 709 *ter* cod. proc. civ.), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 603.

⁴⁰⁸ Così l'ha definita F. D. BUSNELLI, in *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 909 ss., nonché in *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 244.

⁴⁰⁹ Così A. D'ANGELO, *L'art. 709 *ter* cod. proc. civ. tra risarcimento e sanzione: un “surrogato” giudiziale alla solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008

Non a caso le relazioni familiari sono state considerate dalla dottrina quale ambito privilegiato dell'indagine circa la funzione non meramente risarcitoria della responsabilità civile⁴¹⁰, in considerazione del rilievo e della natura prevalentemente non patrimoniale degli interessi coinvolti⁴¹¹.

Al "risarcimento del danno" previsto dall'art. 709 *ter*, comma secondo, numeri 2) e 3), la giurisprudenza non ha quindi esitato ad attribuire la natura di vera e propria sanzione per il genitore che, venendo meno ai propri doveri di cura del figlio, arrechi a quest'ultimo un danno che si risolve nella sofferenza per la lontananza affettiva e per la privazione del rapporto con la figura paterna o materna⁴¹².

⁴¹⁰ Cfr. M. SESTA, *op. ult. cit.*

⁴¹¹ Che i giudici, ancor prima dell'introduzione dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. condannassero a risarcimenti liquidati secondo criteri punitivi è dimostrato da una serie di sentenze oggetto di commento da parte di autorevole dottrina: Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 841, con nota di PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale una vera e propria pena privata*, nella quale fu disposta la condanna del padre a risarcimento per il danno subito dal figlio a seguito della privazione del rapporto con la figura genitoriale. In questo senso si veda anche App. Bologna 10 febbraio 2004, in *Danno e resp.*, 2006, 509, con nota di FACCI, *Illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, che ha confermato la sentenza di condanna di un padre nei confronti del figlio al risarcimento di una somma pari a cinque miliardi di lire, liquidati a titolo di danno patrimoniale e danno non patrimoniale consistenti nella privazione del rapporto genitoriale; Trib. Venezia 30 giugno 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 297, con nota di FACCI, *Il "nuovo danno non patrimoniale" nelle relazioni familiari*, ove è stata disposta la condanna al risarcimento al figlio del danno morale derivante dalla violazione degli obblighi familiari nella somma di 80.000 euro oltre ad una ulteriore somma di 50.000 euro liquidati a titolo di "danno esistenziale".

⁴¹² Cfr. M. SESTA, *op. ult. cit.*, che, in particolare, alla nota 24 cita una pronuncia del Trib. Novara del 21 luglio 2011, pubblicata in *Danno e resp.*, 2012, 612, con nota di DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709 *ter* comma 2, n. 2, cod. proc. civ. come pena privata*.

Tale circostanza meravaglia se solo si consideri il periodo storico nel quale appariva netta la chiusura della giurisprudenza di legittimità rispetto alle aperture del sistema della responsabilità civile verso nuove funzioni, oltre a quella compensativa, tanto da negare la produzione di effetti alle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*⁴¹³ proprio sulla base dell'argomento della monofunzionalità della responsabilità civile.

In dottrina, vi è chi ha ritenuto veramente difficile ipotizzare, a fronte di una interpretazione che inevitabilmente introduce una vera e propria prospettiva “eversiva” del sistema tradizionale, l'inopinata, improvvisa introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto giuridico del “danno punitivo” secondo una *«presunta consapevole volontà legislativa di compiere passi o scelte di grave impegno sistematico»*, peraltro *«proprio nel quadro di un testo normativo (se non*

Nella motivazione di quest'ultima sentenza viene chiarito che la condanna al pagamento di una somma di denaro deve essere ricostruita *«in termini di danno punitivo, riconducibile alla categoria delle c.d. astreintes, con la conseguenza che la valutazione del giudice prescinde dall'accertamento dell'effettiva sussistenza degli elementi richiesti dall'art. 2043 cod. civ. e deve essere improntata a criteri di equitativi»*.

Cfr. anche Trib. Messina, 5 aprile 2007, n. 597, in *Foro it.*, 2008, 5, I, 1689, che ha addirittura qualificato *expressis verbis* il risarcimento del danno ex art. 709 *ter*, comma 2, nn. 2) e 3), quale forma di *punitive damages* ovvero di sanzione privata non riconducibile al paradigma degli artt. 2043 e 2059 cod. civ.

⁴¹³ Emblematica è stata la pronuncia della Corte di Cassazione del 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss., pubblicata poco prima di tre mesi della pronuncia del Trib. di Messina n. 597/2007, *cit.*

Ma sulla natura esclusivamente indennitaria della responsabilità civile si sono in seguito pronunciate anche le Sezioni Unite il 22.07.2015, con sentenza n. 15350, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1530, prima della definitiva svolta avvenuta con la sentenza, sempre a Sezioni Unite, della Corte di legittimità del 5 luglio 2017, n. 16601, *cit.* Sul punto si veda *supra*, cap. III.

proprio di una stagione di rilievo storico) in cui la lucidità o il rigore (quando non la più elementare coerenza) non appaiono tra le qualità suscettibili di più largo apprezzamento»⁴¹⁴. La critica è stata, infatti, rivolta essenzialmente alla carenza di determinatezza della fattispecie, non compatibile con la riserva di legge operante anche per le sanzioni private.

Ecco perché vi è stato chi ha prospettato la natura risarcitoria dei rimedi previsti dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ., quali rimedi speciali rispetto al risarcimento del danno disciplinato dagli artt. 2043 e 2059 cod. civ., nel senso di applicarsi esclusivamente agli illeciti commessi all'interno del nucleo familiare, con la conseguenza che anche i primi sarebbero soggetti all'accertamento di tutti gli elementi dell'illecito aquiliano, compreso il danno⁴¹⁵.

Secondo un'altra tesi, la riforma del 2006 ha inteso introdurre un apparato sanzionatorio, volto a garantire l'attuazione dei provvedimenti giudiziali a tutela del principio della bigenitorialità indipendentemente dal prodursi di qualsivoglia conseguenza pregiudizievole nella sfera dell'altro genitore o del minore⁴¹⁶, peraltro, difficile da dimostrare⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Così CASABURI, *Art. 709 ter cod. proc. civ.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, 10.

⁴¹⁵ Così FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709-ter cod. proc. civ.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35; FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 62 ss.

⁴¹⁶ A. GRAZIOSI, *I profili processuali della legge n. 54 del 2006 sul cd. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2006, 1884: «[...] il nuovo art. 709-ter, comma 2, cod. proc. civ. introduce un vero e proprio sistema progressivo di misure coercitive indirette, volte ad assicurare il rispetto di tutti i provvedimenti in senso lato di affidamento, istruzione ed educazione dei minori» e «la funzione coercitiva assolta dall'apparato sanzionatorio introdotto dall'art. 709-ter, comma 2, cod. proc. civ. implica che le condanne risarcitorie di cui ai n. 2 e 3 abbiano natura prevalentemente punitiva, al pari dell'ammonizione e delle pene pecuniarie previste dai n.1 e 4. Ciò, naturalmente,

A favore di questa tesi deporrebbe anche la considerazione secondo la quale nel sistema del diritto di famiglia già sono presenti forme “anomale” di risarcimento che prescindono dalla prova del danno, come quello derivante dalla rottura della promessa di matrimonio e il risarcimento spettante al coniuge in buona fede in seguito alla declaratoria di nullità del matrimonio ad esso non imputabile⁴¹⁸.

non può che riflettersi sui criteri di determinazione del danno, che dovrà esser sì commisurato all'entità della lesione, ma anche (e forse soprattutto) alla gravità della condotta illecita».

Tuttavia, l'Autore non manca di criticare «*il lessico ridondante e ripetitivo utilizzato per definire la condotta punibile ne lascia i contorni talmente indefiniti che finirà quasi certamente per rimettere la concreta applicazione delle sanzioni ad una troppo ampia valutazione discrezionale del giudice. E ciò, per un verso attenua l'efficacia dissuasiva della misura coercitiva (non essendo ben chiaro ex ante qual è il comportamento vietato), per altro verso viola il principio di legalità al cui rispetto dovrebbe essere informata anche la previsione di un apparato sanzionatorio di questo genere*».

⁴¹⁷ ZINGALES, *op. ult. cit.*, 418.

⁴¹⁸ Si tratta dell'art. 81 cod. civ. che prevede il risarcimento dei danni in caso di rottura della promessa di matrimonio cosiddetta solenne, ossia dotata dei requisiti di vicendevolezza, capacità di agire dei promittenti, atto pubblico o scrittura privata o richiesta di pubblicazioni matrimoniali. L'obbligazione al risarcimento di cui all'art. 81 è considerata dalla dottrina un'obbligazione legale appartenente al *tertium genus* di cui all'art. 1173 cod. civ. (FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, I, in *Comm. Scialoja- Branca*, sub artt. 79-83, Bologna-Roma, 1971, 140; BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992, 35). Il risarcimento del danno previsto dalla norma non è, poi, una conseguenza dell'inadempimento della promessa come quello di cui all'art. 1218 cod. civ. è una conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni, in quanto la legge non mira a reintegrare il fidanzato in maniera totale dei danni patrimoniali risentiti dalla rottura del fidanzamento. L'“anomalia” del risarcimento si individuerrebbe nel dato che il danno risarcibile, non comprende le perdite subite dal fidanzato incolpevole ed i suoi mancati profitti, bensì consiste solo nel danno che la parte incolpevole abbia subito per le spese fatte e le obbligazioni contratte a causa della promessa (FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, 139; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 43).

Si è già visto che di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, accogliendo implicitamente l'impostazione sulla natura risarcitoria dei *punitive damages* proposta nella precedente ordinanza di rimessione sulla compatibilità di questi ultimi con l'ordine pubblico italiano, hanno indicato il "risarcimento" previsto dall'art. 709 *ter*, comma secondo, cod. proc. civ. quale ulteriore esempio

Quanto all'art. 129 *bis* cod. civ., esso prevede l'obbligo in capo al coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio di corrispondere all'altro coniuge in buona fede una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. Di questa norma sono state fornite diverse letture dalla dottrina, ma stando alla sua esegesi letterale, la ricostruzione più plausibile è quella che rinviene nella stessa una misura di carattere sanzionatorio (MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, in *Tratt. Bonilini- Cattaneo*, I, Torino, 2007, 491), perché tipizza un fatto illecito obbligando l'autore a corrispondere una somma di denaro a prescindere dalla prova di qualsivoglia danno nella sfera della vittima dell'illecito. D'altronde, il coniuge in buona fede può anche agire ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., dovendo in tal caso dare prova, secondo i principi generali, del danno di cui chiede il risarcimento (MESSINETTI, *op. ult. cit.*, 492).

Taluno ha paventato la possibilità di ottenere, ai sensi del combinato disposto ex artt. 2059 e 185 c.p., il risarcimento del danno morale quando il comportamento del coniuge in malafede integri gli estremi del reato di induzione al matrimonio mediante inganno, di cui all'art. 558 c.p. (FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja- Branca*, sub artt. 84-158, Bologna-Roma, 1993, 215220), consentendo, quindi, la cumulabilità tra sanzione privata pecuniaria e risarcimento del danno. Si tratterebbe, infatti, di una sanzione privata che mira a reprimere una condotta plurioffensiva, in quanto oltre alla lesione dell'interesse particolare del coniuge di buona fede sarebbe intaccato anche l'interesse generale della collettività, in considerazione del rilievo anche pubblicistico del matrimonio (così M. G. BARATTELLA, *Le pene private*, *cit.*, 162).

Cfr. anche M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 8, 853 ss.

normativo dell'acquisita funzione preventiva e sanzionatorio-punitiva della responsabilità civile⁴¹⁹.

Appare, però, essenziale individuare la reale natura di tali rimedi, in quanto se si volesse riconoscere agli stessi un'indole sia pure parzialmente risarcitoria, si dovrebbe risolvere il problema processuale della compatibilità di un'adeguata istruttoria in ordine alla sussistenza di un danno-conseguenza derivante dall'inottemperanza dei provvedimenti giudiziali con la deformalizzazione tipica del procedimento camerale.

L'esplicita menzione dell'art. 710 cod. proc. civ., che riconduce alle forme del procedimento camerale stesso richiamando espressamente il procedimento di cui agli artt. 737 e ss. cod. proc. civ., viene, poi, estensivamente letta non nel senso di implicare formalmente, per la proposizione di qualsiasi ricorso ex art. 709 *ter* cod. proc. civ., la proposizione di un ricorso ex art. 710 cod. proc. civ., ma soltanto in quello di prefigurare un più ampio richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio che, nel caso di specie, è stato realizzato a mezzo il generico richiamo della norma sistematicamente più vicina.

Tuttavia, se anche si volesse superare il su esposto problema di carattere processuale sostenendo che l'adeguata istruttoria per l'accertamento del danno potrebbe comunque svolgersi nelle forme semplificate del procedimento camerale, appare quantomeno singolare che il legislatore abbia scelto una disposizione processuale all'interno del codice di rito, per la tipizzazione di fattispecie sostanziali di risarcimento dei danni nell'ambito delle relazioni familiari.

⁴¹⁹Ci si riferisce ancora una volta a Cass., sez. un., 5.07.2017, n. 16601 e all'ordinanza del 16.05.2016, n. 9978 della Prima Sezione, già citate.

In secondo luogo, coglie nel segno l'osservazione fatta da una parte della dottrina sull'irragionevole limitazione di tali rimedi risarcitori, con un regime semplificato, alle fattispecie di responsabilità civile per illeciti endofamiliari commessi nei confronti di figli minori o nei confronti dell'altro genitore, ma comunque sempre e soltanto in seguito alla violazione o all'inadempimento di un precedente provvedimento giudiziale in materia di esercizio della potestà genitoriale o di modalità dell'affidamento⁴²⁰.

Autorevole dottrina ha anche ravvisato un'affinità tra tali rimedi e i *punitive damages* di derivazione anglosassone che «viene scandita dal criterio della colpa grave riscontrabile nella condotta del genitore; colpa grave che, facendo il paio con i concetti di malice e gross negligence cari a tale articolazione rimediale di common law, si pone a mo' di coefficiente soggettivo per stabilire l'an e il quantum del risarcimento dovuto dal genitore»⁴²¹.

⁴²⁰ Cfr. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter cod. proc. civ.*, in *Famiglia*, 2006, I, 1047.

⁴²¹ Così PARDOLESI, in *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter cod. proc. civ. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 409, che aggiunge quindi che «il meccanismo s'incentra sulla gravità della condotta lesiva dei diritti del figlio secondo logiche punitive che, volendo tutelare e preservare l'interesse del minore, prescindono dagli effetti riparatori dei danni patiti da quest'ultimo (nonché dalla loro prova)».

Anche E. LA ROSA sostiene che «[n]on è rilevante la sfera del danneggiato e quindi il pregiudizio concretamente subito dal minore, ma la condotta dell'autore dell'illecito, che in ragione della sua esemplarità, valutata a priori dall'ordinamento giuridico, impone il ricorso a strumenti sanzionatori e deterrenti. A tal fine essendo legalmente tipizzata la condotta in ragione della sua potenziale pericolosità, al giudice compete solo di accertare in concreto l'esistenza dei presupposti di operatività del rimedio» (op.ult. cit., 72).

Tale accostamento attrarrebbe, quindi, le misure previste dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ. nella sfera delle pene private alla quale appartengono i *punitive damages* che nulla hanno a che fare con i rimedi risarcitori.

Dirimente nel senso della natura esclusivamente sanzionatoria dei rimedi risarcitori previsti dall'art. 709 *ter*, comma secondo, numeri 2) e 3) cod. proc. civ. dovrebbe essere, infine, la loro collocazione in un contesto normativo di tipo sanzionatorio.

Nessun dubbio, infatti, potrebbe mai sorgere in ordine alla natura sanzionatoria dei provvedimenti che il giudice può emanare ai sensi dei numeri 1) e 4).

L'ammonizione di cui al numero 1) consiste in una intimazione al genitore ad astenersi, per il futuro, dal reiterare le condotte costituenti inadempimento o violazione dei propri obblighi, avverso la minaccia di incorrere in più gravi conseguenze, riecheggiando, così una sanzione disciplinare a necessaria irrogazione giudiziale e per questo di matrice pubblicistica.

L'unica funzione che può essere riconosciuta a questo provvedimento è quella di semplice avvertimento al genitore dall'astenersi per il futuro dal reiterare le condotte costituenti "inadempienze o violazioni", dietro la minaccia di incorrere in sanzioni più gravi⁴²².

La "sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro" non potrebbe che essere una misura di carattere afflittivo e punitivo della quale emerge, però, la natura pubblicistica a causa della sua destinazione "a favore della Cassa delle ammende". Non a caso vi è chi ritiene che questo specifico provvedimento possa essere assunto d'ufficio dal giudice,

⁴²² In senso conforme, v. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento* (art. 709 *ter* cod. proc. civ.), cit., par. 9.

indipendentemente da un'espressa domanda formulata in tal senso dall'altro genitore⁴²³.

Da ciò deriva che l'art. 709 *ter* cod. proc. civ. disciplinerebbe una forma di responsabilità che è stata introdotta, «*piuttosto che per ragioni strettamente riparatorie, specialmente per ragioni general-preventive, in quanto la minaccia della stessa potrebbe fungere da deterrente al commettere atti pregiudizievoli per i minori, ovvero inosservanti dei provvedimenti assunti in ordine all'esercizio della potestà genitoriale, o in ordine alle modalità dell'affidamento, travalicando il limite di un rapporto strettamente privatistico ed interpersonale all'interno del nucleo familiare ed approdando così su di una sponda di rilevanza pubblicistica e di estrema tutela delle aspettative scaturenti da relazioni parentali*»⁴²⁴.

Tale “nuova” forma di responsabilità civile con funzione punitiva e deterrente nel settore delle relazioni familiari si avvale in definitiva di rimedi sanzionatori sia privatistici (quali sono quelli previsti dai numeri 2) e 3) dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ.) sia pubblicistici (vedi le sanzioni di cui ai numeri 1) e 4) dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ.)⁴²⁵, rinvenendosi ancora una volta l'attuazione della

⁴²³ Cfr. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, 1101.

⁴²⁴ G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, cod. proc. civ. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, *Dir. famiglia*, 1, 2008, 498.

⁴²⁵ In questo modo si risolverebbe anche la questione della compatibilità dei rimedi ex art. 709 *ter*, comma secondo, cod. proc. civ. con le misure coercitive indirette ex art. 614 *bis* cod. proc. civ., in quanto mentre i primi avrebbero funzione punitiva, l'*astreinte* di portata generale ex art. 614 *bis* cod. proc. civ. avrebbe solo una funzione preventiva e dissuasiva rispetto a successivi ritardi o inadempimenti.

Le misure coercitive indirette potrebbero essere applicate non tanto quali misure successive all'art. 709 *ter* cod. proc. civ. da applicare all'ammonito, al condannato al risarcimento o ad una sanzione pecuniaria per dissuadere l'inosservanza di quest'ultime

“complementarietà tra diritto civile e diritto penale nella produzione di giustizia”⁴²⁶ soprattutto quando si richiede la tutela di situazioni giuridiche soggettive di particolare rilievo.

4.3. Pene private e abuso del processo: l'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. e le altre “sanzioni processuali”.

L'acquisizione della consapevolezza che la giurisdizione rappresenti «una risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale»⁴²⁷ ha

disposizioni, bensì come ulteriore forma di tutela, di cui il genitore non inadempiente può disporre al fine di costringere l'altro all'osservanza delle originarie prescrizioni in materia di affidamento della prole.

In altre parole, l'art. 614 *bis* cod. proc. civ. parrebbe dover essere applicato al fine di evitare la riproposizione di un nuovo ricorso ex art. 709 *ter* cod. proc. civ. nella misura in cui il provvedimento disposto ai sensi del secondo comma di quest'ultimo non sia recepito in funzione special-preventiva e dunque l'*astreinte* non solo non risulti manifestamente iniqua, ma sia ritenuta il mezzo più efficace per perseguire l'interesse del fanciullo (cfr. A. DENISE, *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis cod. proc. civ. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 781; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, 924 ss.)

⁴²⁶ L'espressione è di QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 33.

⁴²⁷ Così si esprime la Cass. a SS. UU., con sentenza del 20/10/2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, 3, I, 966 (con nota di POLI, TRAVI, AULETTA) in materia di proponibilità in appello dell'eccezione di giurisdizione del giudice prescelto dalla stessa parte che aveva instaurato il giudizio di primo grado e che sia rimasto soccombente nel merito.

spinto il legislatore ad introdurre una serie di rimedi per reprimere forme di “*abuso processuale*”⁴²⁸.

⁴²⁸ Già nelle Istituzioni di Gaio si fa riferimento a strumenti processuali idonei a prevenire o a sanzionare gli abusi del processo, fino al punto di denegare, per motivi di opportunità, le proposizioni di azioni superflue o le artificiose resistenze in giudizio. Il quadro degli strumenti apprestati per far fronte ai comportamenti processuali prevaricatori era variegato e disorganico: si andava dalle pene pecuniarie, alle risposte che facevano leva sul sentimento religioso, o sulla stima sociale, o che addirittura incidevano sulla capacità delle persone. Sarà poi la *Lex Aquilia* a prevedere il generale regime della “*litiscrescenza*”, quale conseguenza della “*infitiatio*” del convenuto (“*infitiando lis crescit*”), ripreso nelle Istituzioni giustinianee, in maniera da reprimere tutte le maliziose contestazioni che impedissero il regolare svolgimento dei processi. (v. SCARPA, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, in *Contr. e impresa*, 2012, 1116).

Sulla nozione e definizione della categoria dell’“abuso del processo” vi è una vasta bibliografia. Si vedano, *ex plurimis*, G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in Aa.Vv. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 435 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, p. 91 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, e II, *Diritto positivo*, Padova, 2000; M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss.; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 1, p. 193, ss.; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, 3, 1, Torino, 2007, 1; L. P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, ne *Il giusto processo*, 2009, p. 993 ss.

In senso critico si vedano A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23 e ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1286 e ss. ora in *Id.*,

Come è stato osservato, infatti, un conto è la garanzia della “giusta difesa”, ai sensi degli artt. 24 e 11 Cost., un conto è l’uso disfunzionale delle potenzialità offerte dal processo che, come tale, merita di essere sanzionato⁴²⁹.

Non si rinviene, tuttavia, alcuna definizione normativa dell’abuso del processo, sicché è stato compito della giurisprudenza quello di tipizzare progressivamente tale fattispecie⁴³⁰, arrivando alla sintetica definizione secondo la quale «*l'abuso del processo consiste nella promozione di una lite da parte di chi è legittimato ad agire, ma l'iniziativa processuale trasmoda il fine stesso per il quale è garantita dall'ordinamento ed al contempo è contraria al principio di buona fede, per avere l'attore agito con modalità sleali*»⁴³¹.

Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale, a cura di F. Godio, Torino, 2015, 611 e ss.

Infine, merita essere citata l’espressione utilizzata da SALVATORE SATTA, nel suo celebre romanzo, “*Il mistero del processo*”, allorquando riferendosi al tema dell’abuso del diritto, parlava di “*rivolta del diritto contro il diritto*”, un punto dove il giurista si ferma nel suo cammino, sentendo di aver toccato il fondo della caduta (*Il mistero del processo*, Milano, 1994, 120).

⁴²⁹ Così A. SCARPA, *op.ult.cit.*, 1114 e A. DONDI- A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell’abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 193 ss.

⁴³⁰ Tale compito è stato considerato da alcuni assolto in modo deludente, tanto che alcuni hanno ritenuto che «*stante la legislazione attuale, il cd. abuso del processo non esiste*» (SCARSELLI, *Sul cd. abuso del processo*, 2012, in www.judicium.it e sulla stessa linea A. SCARPA, *op.ult.cit.*)

⁴³¹ Così Cass., sez. lav., 25 gennaio 2016, n. 1251 che ha rimesso la questione relativa alla “frazionabilità” dei crediti derivanti dalla cessazione di un rapporto di lavoro in giudizi diversi alle Sezioni Unite (in *NGCC*, 2016, 6, 877 con nota di NANNA). Queste ultime, con sentenza del 16 febbraio 2017, n. 4090 (in *Guida al diritto*, 2017, 11, 58 con nota di PISELLI e in *Giur. It.*, 2017, 5, 1089 nota di BARAFANI), hanno affermato il principio di diritto secondo cui «*le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se*

relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque "fondati" sul medesimo fatto costitutivo - sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'art. 183 cod. proc. civ., e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'art. 101 cod. proc. civ., comma 2».

Anche nella giurisprudenza amministrativa si rinvencono definizioni dell'abuso del processo conformi a quelle enunciate dalla giurisprudenza ordinaria (si vedano Cons. di Stato, sez. IV, 2.03.2012, n.1209, in *Foro Amministrativo - C.d.S.*, (II), 2012, 7-8, 1939 (con nota di BERTOLDINI, MORELLO e Cons. di Stato, sez. VI, 9.10.2014, n. 5025, in *Foro Amministrativo* (II) 2014, 10, 2575).

Nella dottrina processualcivilistica si veda C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2015, I, 430, nt. 43, che sostiene che l'apparente contraddizione insita «nella qualificazione di illiceità attribuita all'esercizio del diritto sta nella duplice possibilità [...] [del]l'agire al di fuori dello schema tipicamente previsto dalla legge con i suoi requisiti anche formali e il servirsi del proprio diritto perseguendo uno scopo diverso dalla funzione obiettiva per la quale la legge ha configurato l'istituto, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere».

Vi è chi ha individuato un collegamento costante tra la responsabilità ex art. 96 cod. proc. civ. e la violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 cod. proc. civ. (C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 389 ss.). *Contra* chi ha ritenuto le due fattispecie diverse anche se con qualche margine di coincidenza, specialmente perché l'art. 96 cod. proc. civ. concerne l'introduzione della causa, mentre l'art. 88 concerne il comportamento nella causa (A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, Relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile

Quando il legislatore è intervenuto con la legge 69/2009⁴³² ad introdurre un nuovo comma all'art. 96 cod. proc. civ. che disciplina l'istituto della responsabilità processuale aggravata, genericamente riportata al concetto di "lite temeraria"⁴³³, la giurisprudenza non ha, però, avuto dubbi nel riconoscere nella norma *de qua* un

(Genova, 20-21 settembre 2013), I parte, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 47 e II parte, *ibidem*, 491.

⁴³² Si tratta dell'art. 45 comma 12 l. 18 giugno 2009, n. 69 che ha aggiunto il seguente nuovo comma all'art. 96 cod. proc. civ., lasciando invariati i primi due: «*In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*».

Ai sensi dell'art. 58 comma 1 della stessa legge, la disposizione si applica ai giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore, cioè a decorrere dal 4 luglio 2009.

Il terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ., aggiunto dalla riforma del 2009, ricalca il dettato di cui al quarto comma dell'art. 385 cod. proc. civ., introdotto dall'art. 13 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ma abrogato dalla l. 69 del 2009, il quale prevedeva, nel giudizio di cassazione, la facoltà del giudice di disporre anche d'ufficio la condanna della parte soccombente, che avesse proposto il ricorso o vi avesse resistito con colpa grave, al pagamento in favore della controparte di una somma determinata equitativamente non superiore al doppio dei massimi tariffari. Il legislatore ha, quindi, adottato quale archetipo di riferimento l'istituto regolato dal previgente e contestualmente abrogato art. 385, 4° co., che così recitava: «*Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave*».

⁴³³ In generale sull'argomento v. C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, cit., 378; E. GRASSO, *Note sui danni da illecito processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 270; G. BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991. Contrario ad un'assimilazione del concetto di abuso del processo a quello della temerarietà della lite è F. CORDOPATRI (*L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 4, 874).

rimedio sanzionatorio volto a punire l'abuso del processo, svolgendo una funzione non (soltanto) risarcitoria ma (anche) sanzionatoria, così da individuare la *ratio* della nuova disposizione nell'intento di scoraggiare comportamenti contrari alla funzionalità del servizio giustizia e in genere al rispetto della legalità⁴³⁴.

Mentre, infatti, i primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ. prevedono una *species* del *genus* della responsabilità aquiliana, caratterizzata dalla necessità della concomitante presenza di un presupposto di tipo oggettivo, costituito dalla soccombenza totale e concreta della parte, e di un presupposto di tipo soggettivo, costituito dal dolo o dalla colpa grave nell'agire o resistere in giudizio, nonché la prova del danno⁴³⁵, la fattispecie di cui al terzo comma consiste in una vera e

⁴³⁴ Per una rassegna della giurisprudenza di merito che per prima ha affrontato la questione della natura del nuovo art. 96, comma terzo, cod. proc. civ. si veda G. L. BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. di merito*, 11, 2011, 2704 ss.

⁴³⁵ L'art. 96 cod. proc. civ. prevede nei primi due commi un illecito civile tipico "processuale" e così recita: «*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*».

Secondo un orientamento ormai consolidato, la prova del danno gode comunque di agevolazioni sul piano probatorio, sicché «*all'accoglimento della domanda di*

propria sanzione privata, in quanto la sua applicazione, seppur subordinata alla ricorrenza dei medesimi presupposti oggettivi e soggettivi, non richiede la prova di alcun danno⁴³⁶.

*risarcimento dei danni da lite temeraria non osta l'omessa deduzione e dimostrazione dello specifico danno subito dalla parte vittoriosa, che non è costituito dalla lesione della propria posizione materiale, ma dagli oneri di ogni genere che questa abbia dovuto affrontare per essere stata costretta a contrastare l'ingiustificata iniziativa dell'avversario e dai disagi affrontati per effetto di tale iniziativa, danni la cui esistenza può essere desunta dalla comune esperienza» (Cass., 22 agosto 2011, n. 17485, in *Il civilista*, 2011, 9, 9 e *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1182).*

⁴³⁶ Sui rapporti tra i primi due commi e il terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ. molto si è discusso in dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riferimento alla necessità della sussistenza dell'elemento soggettivo della mala fede o colpa grave ai fini dell'applicabilità della sanzione del terzo comma.

Una parte, infatti, dei giudici di merito valorizza l'inserimento della norma nell'art. 96 cod. proc. civ. e valuta necessaria la ricorrenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

Altra parte, si discosta motivatamente dall'applicazione del comma 1, ritenendo che la previsione del terzo abbia ampliato i confini della responsabilità per "processo ingiusto" e consenta, pertanto, di sanzionare anche condotte che non siano qualificabili in termini di dolo o colpa grave, purché connotate da colpa.

Anche una parte della dottrina sostiene che l'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ. abbia introdotto una sanzione ad una cosiddetta "temerarietà attenuata" (v. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 435 e *IIDD.*, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31).

Nonostante il testo dell'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. autorizzi le letture fatte proprie da alcune delle pronunce di merito, che fanno leva sulla sufficienza dell'elemento soggettivo della colpa lieve o di comportamenti definiti in termini di "abuso del processo", che tuttavia non si siano tradotti in concreto in vere e proprie liti temerarie, si ritiene più coerente l'interpretazione della norma secondo la quale è richiesto un elemento soggettivo qualificato per la sua applicazione. Ciò sia perché soltanto il collegamento con le ipotesi di cui ai commi precedenti restituisce alla norma compatibilità con i principi costituzionali e risulta coerente con la sua collocazione nello stesso articolo del codice, sia per una ragione di ordine sistematico, poiché una misura

D'altronde, tale tesi ha ricevuto ormai espresso riconoscimento dalla Corte Costituzionale, che ha sancito la legittimità dell'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ. nella parte in cui stabilisce che la condanna pecuniaria va pronunciata a favore della controparte e non dell'Erario⁴³⁷.

La stessa Consulta, dopo aver ripercorso la storia legislativa di tale disposizione normativa, sottolineando che era stata ravvisata la scarsa effettività ed efficacia dell'istituto della responsabilità aggravata, a causa della oggettiva difficoltà della parte vittoriosa di provare il danno, ha sostenuto la natura non risarcitoria, bensì

sanzionatoria lasciata alla discrezionalità del giudice quanto all'*an* ed al *quantum* della sua applicazione, in tanto è coerente col sistema in quanto punisca quelle stesse condotte che, pur essendo espressione di un diritto costituzionalmente garantito quale quello dell'art. 24 Cost., possano essere considerate "ingiuste", cioè *contra ius* (cfr. *amplius*, G. L. BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. di Merito*, 11, 2011, 2704).

La questione si può dire definitivamente risolta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto che l'elemento soggettivo espressamente identificato dal primo comma debba valere anche per la responsabilità delineata dal terzo comma, pena l'incompatibilità della norma con i principi dell'ordinamento. (Cass., 11 febbraio 2014, n. 3003, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass. civ., 30 novembre 2012, n. 21570, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, 1364).

A favore di questa tesi vi è anche autorevole dottrina che ha ritenuto che l'affrancazione del terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ. dalla "temerarietà" dell'azione o della resistenza in giudizio della parte risultata soccombente risulterebbe difficilmente compatibile con il diritto di azione e di difesa garantito dall'art. 24 Cost. (così BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18.6.2009, n. 69)*, in www.judicium.it. *Il processo civile in Italia e in Europa*, par. 7; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 222; SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 258).

⁴³⁷ Corte Cost., 23.06.2016, n. 152, in *Foro it.*, 2016, I, 2639, con nota di E. D'ALESSANDRO.

sanzionatoria con finalità deflative del rimedio di cui all'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ.

Tale natura emergerebbe dal riferimento testuale alla condanna al “pagamento di una somma”, anziché al risarcimento dei danni, al collegamento con l'art. 91 cod. proc. civ. e, infine, alla sua adottabilità “anche d'ufficio” che, sottraendola all'impulso di parte, ne confermerebbe *«la finalizzazione alla tutela di un interesse che trascende (o non è, comunque, esclusivamente) quello della parte stessa, e si colora di connotati innegabilmente pubblicistici»*⁴³⁸.

L'interesse del privato affinché venga sanzionata la controparte che con dolo o colpa grave lo abbia costretto a sopportare il “peso” - non solo economico - di un processo sarebbe, quindi, affiancato dall'interesse dello Stato ad un'efficiente giurisdizione, intesa non più come funzione diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia *«di modo che la congruità della risposta al bisogno di tutela è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso»*⁴³⁹.

Il legislatore avrebbe, quindi, realizzato *«una vera e propria ibridazione delle tecniche di protezione del diritto particolare con quella per la reintegrazione*

⁴³⁸ Così ancora Corte Cost., 152/2016, *cit.*

⁴³⁹ Così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015 1262, che richiama la tesi elaborata da R. CAPONI (*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.) sull'operatività del principio di proporzionalità nel processo civile, quale strumento concettuale in grado di consentire una risposta che unifichi la prospettiva del singolo processo (che chiama in causa il fattore legislativo) e quella dell'insieme dei processi (che riguarda il fattore delle risorse e il fattore culturale).

dell'interesse generale»⁴⁴⁰, attraverso la previsione di una sanzione per un illecito civile processuale.

La portata innovativa della norma *de qua* in un sistema nel quale la giurisprudenza appariva granitica nel sostenere la monofunzionalità della responsabilità civile è, quindi, di palmare evidenza.

L'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ. presenterebbe, infatti, tutti i caratteri propri di una pena privata, compreso quello della destinazione a favore della controparte, che è stata ritenuta dalla Corte Costituzionale frutto di una scelta ragionevole del legislatore perché “plausibilmente” ricollegabile alla maggiore rapidità e al minor onere con i quali il privato provvederebbe alla riscossione della somma, rispetto a quelli che graverebbero sul soggetto pubblico⁴⁴¹.

Non a caso la sanzione prevista per l'abuso del processo è stata accostata dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'istituto dei *punitive damages* di origine anglosassone.

In particolare, è stato evidenziato che i due istituti operano entrambi come reazioni a ipotesi di condotte “volontarie” e «*sembrano trovare un fondamento nella necessità di correggere anormalità, arbitri, offese rilevanti alla società e ai suoi valori*»⁴⁴².

⁴⁴⁰ F. AULETTA, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. Cost.*, 4, 2016, 1554.

⁴⁴¹ Ancora Corte Cost. 152/2016, *cit.*

⁴⁴² Così F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5, 862 ss.

Sul punto v. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1166, che ha affermato che il corollario che l'art. 96, 3° comma, cod. proc. civ., nato «*per scoraggiare impieghi controfunzionali del processo, sembra in grado di*

Un tale accostamento è stato definitivamente sancito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 16601/2017, che ha risolto, dettando appositi limiti e condizioni, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*⁴⁴³.

Si è visto che già nell'ordinanza di rimessione della questione testé indicata al vaglio delle Sezioni Unite, l'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ. era stato menzionato tra gli esempi normativi dello scardinamento del principio della monofunzionalità della responsabilità civile, riconoscendo ad esso una natura sanzionatoria, sia pure inquadrandolo "erroneamente" tra i "rimedi risarcitori con funzione non riparatoria"⁴⁴⁴.

assurgere a sede normativa dei danni punitivi, applicabili ogni volta che l'autore abbia fornito evidenze circa la mala fede o la colpa grave del convenuto nella causazione dell'evento lesivo, magari con l'aggravante di un contegno processuale particolarmente disdicevole». Prima ancora, ID., *Risarcimento e sanzione*, Napoli, 2013, 395 ss. e ID., *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, 3° comma, cod. proc. civ.*, in *Giustiziacivile.com*, 14 febbraio 2014.

⁴⁴³ V. *supra*, cap. III.

⁴⁴⁴ Si tratta dell'ordinanza n. 9978/2016, *cit.*, che richiama anche il parallelo istituto del processo amministrativo previsto dall'art. 26 c.p.a.

Prima della sua introduzione la dottrina e la giurisprudenza avevano pacificamente riconosciuto l'applicabilità della previsione di cui all'art. 96 cod. proc. civ. nel processo amministrativo. Per la dottrina si veda, ad es. PAPETTI, *La lite temeraria*, in *Giust. civ.*, 2006, 1659; ID., *Riflessioni in tema di lite temeraria: rapporto tra art. 96 cod. proc. civ. e 2043 cod. civ., presupposti oggettivi e soggettivi di sussistenza, danno risarcibile, competenza (nota a Cons. Stato, sez. V, 27.4.2006, n. 2359)*, in www.federalismi.it, 2006, n. 12.

In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cons. di Stato, 30.05.2008, n. 2593, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1568; Cons. di St., 9.10.2007, n. 5248, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2799.

L'art. 26 c.p.a., a seguito dei rimaneggiamenti operati con il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, testualmente prevede:

Come i rimedi sanzionatori introdotti dall'art. 709 *ter*, secondo comma, cod. proc. civ., anche la sanzione di cui all'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ. è stata oggetto di critica da parte della dottrina a causa della genericità del dato normativo e dell'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice in punto di individuazione delle singole condotte processuali proibite⁴⁴⁵.

Oltre alla genericità della fattispecie sanzionata, la norma in esame non fornirebbe alcun criterio neppure per la determinazione in concreto del contenuto della statuizione condannatoria, atteso che si limita ad attribuire al giudice il potere di

«1. Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2. In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati.

2. Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione.»

⁴⁴⁵ V. SASSANI E TISCINI, *Prime osservazioni sulla l. 18.6.2009, n. 69*, in www.judicium.it. *Il processo civile in Italia e in Europa*, par. 12, che sottolineano come si tratti di «un potere eccessivo (in quanto incontrollato) per il giudice, il che contraddice un po' i rigidi vincoli imposti».

Cfr. anche M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2012, 128 ss. Per una rassegna giurisprudenziale delle condotte sanzionate con l'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ. si veda G. FIENGO, *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.*, in *Corr. giur.*, 2016, 120 ss.

determinare equitativamente la somma oggetto di condanna al pagamento, senza predefinire cioè un puntuale criterio di esercizio di siffatto potere o, quantomeno, più stringenti parametri di orientamento a tal fine⁴⁴⁶. Ciò a differenza di quanto fosse previsto dal previgente art. 385, quarto comma, cod. proc. civ., applicabile esclusivamente per il giudizio di cassazione, che consentiva la condanna in misura “*non superiore al doppio dei massimi tariffari*”⁴⁴⁷.

È stato, pertanto, compito della giurisprudenza individuare anche i parametri per la liquidazione della sanzione.

Dalla relazione dell’Assemblea nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile, tenutasi a Roma, il 19-21 maggio 2017, è emerso che, esaminando la casistica giurisprudenziale, l’indirizzo largamente maggioritario adotta espressamente come parametro di riferimento il compenso professionale ex D.M. n. 55/2014 e la somma attribuita viene individuata in un intervallo compreso da un quinto al quadruplo del compenso liquidato⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Si tratta di urgenza sentita allo stato attuale dalla dottrina: F. FRADEANI, *La “lite temeraria attenuata” dell’art. 96, comma terzo, cod. proc. civ.: prime applicazioni*, 2010, in www.treccani.it, par.6; ZIVIZ, *Lite temeraria e danni punitivi*, 2011, www.personaedanno.it.

⁴⁴⁷ Già sotto la vigenza di questa norma si era posta, comunque, la problematica dell’iniziativa d’ufficio per la pronuncia della condanna, in quanto violativa del fondamentale principio della domanda, posto a baluardo della terzietà e imparzialità del giudice (v. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, cit., 222 e SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma, cod. proc. civ.: consigli per l’uso*, cit.).

⁴⁴⁸ Per una rassegna dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza di merito si veda anche E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l’ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474 ss.

Anche nei provvedimenti in cui non è stato espressamente indicato alcun parametro (apparentemente riconducibili quindi al criterio della “equità pura”), di fatto le liquidazioni si assestano tra la metà e l'intero dell'onorario attribuito nel caso di specie.

Del tutto residuale è risultata l'adozione di altri parametri: l'indennizzo previsto dalla c.d. “Legge Pinto”, un'aliquota del *petitum* ovvero del *decisum*, l'importo dell'imposta di registro o del contributo unificato.

A seguito di quanto emerso dal monitoraggio, l'Osservatorio ha quindi ritenuto di utilizzare, quale criterio di riferimento, l'importo del compenso professionale effettivamente liquidato in favore della parte vittoriosa, riducibile fino ad un mezzo ed aumentabile della metà o dell'intero, secondo le peculiarità del caso di specie (per esempio: il valore della causa, l'intensità dell'elemento soggettivo dell'abusante, il numero delle parti, la durata del processo e l'impegno difensivo della parte danneggiata dall'abuso).

Il parametro *de quo* è stato ritenuto idoneo anche sulla scorta della considerazione per cui proprio tale criterio fu a suo tempo adoperato dal Legislatore nell'art. 385 co. 4 cod. proc. civ. (successivamente abrogato) ed è stato così approvato da tutti gli Osservatori⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ Tuttavia, l'Osservatorio romano, nonostante siffatta condivisione, ha ribadito la volontà di fare riferimento non alle spese giudiziali liquidate in concreto (così come proposto dall'Osservatorio milanese), ma a quelle liquidabili in astratto secondo lo scaglione di riferimento.

Si è tuttavia replicato che, così operando, da un lato, vi sarebbe la necessità di quantificare due volte le spese giudiziali (con conseguente inutile difficoltà e dispendio di tempo) e, dall'altro, non si spiegherebbe come sia possibile che il ricorso al medesimo parametro di riferimento -il D.M. 55/2014- possa eventualmente generare importi

Appare, quindi, evidente lo sforzo fatto da tutti gli operatori della giustizia di garantire la “ragionevolezza” del *quantum* della sanzione pecuniaria, mediante l'adozione condivisa di criteri di quantificazione controllabili, per lo più fondati sulla valutazione di elementi riguardanti il processo e la condotta del danneggiante⁴⁵⁰.

Al fine di evitare che sfuggissero alla “tipizzazione giurisprudenziale” delle condotte abusive sanzionabili con il rimedio di cui all'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ., il legislatore ha previsto delle sanzioni in conseguenza di determinate condotte tenute dalle parti prima o durante il processo.

Si potrebbe discutere se mediante tali sanzioni abbia voluto stigmatizzare specifiche condotte abusive, così da poterle qualificare come sanzioni private ulteriori a quella già prevista in via generale dall'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ.

A titolo esemplificativo, si dovrebbe partire con l'analizzare l'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 24 dicembre 2012, con il quale è stato aggiunto all'art. 13 del D.P.R. n. 115 del 2002 (Testo Unico in materia di spese di giustizia) un nuovo comma 1-*quater* che così recita: *«Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis. Il giudice dà atto nel provvedimento della*

differenti a seconda che lo si adotti per calcolare le spese di lite ovvero come indice per liquidare la somma di cui all'art. 96 cod. proc. civ.

⁴⁵⁰ Si tratta evidentemente degli stessi criteri suggeriti da QUARTA, in *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile, cit.*, 401-402.

sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso».

Come evidenziato dalla giurisprudenza⁴⁵¹ e da un'apposita Circolare del Ministero della Giustizia del 6 luglio 2015, la "misura" del raddoppio del contributo unificato ha la finalità di «*scoraggiare le impugnazioni dilatorie e pretestuose*».

Nonostante il riconoscimento di tale finalità deterrente, che dalla dottrina non è stata affatto considerata raggiunta⁴⁵², la giurisprudenza costituzionale e di legittimità individua la natura di tributo anche al raddoppio del contributo unificato di cui al comma 1 *quater* dell'art. 13 TU spese di giustizia.

La Corte Costituzionale ha, infatti, ritenuto che tale norma è stata introdotta nell'ottica di garantire «*un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario*»⁴⁵³, così come la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite,

⁴⁵¹ *Ex plurimis* v. Corte Cost., 30.05.2016, n. 120, in *Giur. Cost.*, 2016, 3, 977 (con nota di MARINO); Cass., 2.07.2015, n. 13636, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015 e Cass., 15.09.2014, n. 19464, in *www.dejure.it*.

⁴⁵² V. A. MARCHESELLI, *Contributo unificato «diseguale» e giurisdizione tributaria «asimmetrica»*, in *Corr. trib.*, 2016, 2770, che sottolinea come la norma appaia «*fondata su una confusa percezione di due fattispecie diverse, quella della soccombenza e quella dell'abuso del processo e probabilmente indotta dalla maggiore facilità di applicazione se ancorata alla soccombenza (per valutare la soccombenza basta leggere il dispositivo, per accertare un abuso occorre valutare la complessiva condotta delle parti): ma la semplicità è anticamera di un grave errore. Appare evidente che l'abuso del processo non equivale né coincide con la soccombenza totale: si può soccombere interamente ma aver usato diligentemente il processo e si può soccombere parzialmente ed averne usato a manibasse*».

⁴⁵³ Corte Cost., 30.05.2016, n. 120, *cit.*

ha concluso che *«la finalità deflattiva e sanzionatoria della nuova norma non vale certamente a modificarne la sostanziale natura di tributo»*⁴⁵⁴.

Tale ricostruzione non ha convinto parte della dottrina che ha evidenziato quanto la misura del raddoppio del contributo unificato si distingua dalla figura classica del tributo, in ragione delle sue peculiari caratteristiche e della *ratio* latamente sanzionatoria che la contraddistingue⁴⁵⁵.

A ben vedere, se non può essere messa in dubbio la finalità deflattiva della misura in parola, non sembra possibile annoverarla tra le sanzioni private processuali in senso stretto, perché di fatto mira a scoraggiare non solo le impugnazioni dilatorie e pretestuose, bensì tutte le impugnazioni, in quanto il presupposto di applicazione è rappresentato dal mero dato della soccombenza totale della parte che richiede un riesame della decisione giudiziale già ottenuta.

Non a caso, la Corte di Cassazione ha affermato che la dichiarazione sul raddoppio del contributo unificato rappresenta *«un atto dovuto, poiché l'obbligo di tale pagamento aggiuntivo non è collegato alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo – ed altrettanto oggettivamente insuscettibile di diversa valutazione – del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa [...]: atteggiandosi come un'automatica conseguenza sfavorevole dell'azionamento del*

⁴⁵⁴ Cass., sez. un., 08/05/2014, n. 9938, in www.dejure.it: «[...] il contributo unificato, come precisato da queste Sezioni Unite con sentenza n. 9840 del 5 maggio 2011 sulla scia di quanto già stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 73 del 2005, ha natura tributaria e tale natura conserva anche relativamente al raddoppio, previsto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 che ha introdotto il comma 1 quater al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13 atteso che la finalità deflattiva e sanzionatoria della nuova norma non vale a certamente modificarne la sostanziale natura di tributo».

⁴⁵⁵ Così Z. GOLA- A. BERALDO, *Il raddoppio del contributo unificato: disciplina e criticità*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, 4, 1732 ss.

diritto ad impugnare [...] tutte e volte che l'impegno di risorse processuali [...] non abbia avuto esito positivo per l'impugnante [...]». Pertanto «l'obbligo del pagamento del contributo aggiuntivo sorge ipso iure, per il solo fatto del formale rilevamento della sussistenza dei suoi presupposti»⁴⁵⁶.

In considerazione del riconoscimento della natura automatica ed obbligatoria della pronuncia di condanna del giudice al pagamento del raddoppio del contributo unificato nei confronti dell'impugnante, quale conseguenza automatica della soccombenza *tout court*, sembrerebbe più affine alla misura *de qua* la figura del tributo rispetto a quella di una sanzione privata.

Non sarebbe stata, invero, tipizzata dal legislatore alcuna “condotta” meritevole di una sanzione da parte del legislatore, corrispondendo la stessa all'esercizio del diritto di contestare, mediante appositi strumenti processuali, i provvedimenti giurisdizionali, diritto, questo, che rientra senz'altro sotto l'ombrello dell'art. 24 Cost.

L'assenza di un illecito da sanzionare renderebbe, quindi, inappropriato inserire l'art. 13, comma 1 *quater*, T.U. 115/2002, tra le misure volte a reprimere condotte processuali cd. abusive, che dovrebbero presentare tutte la connotazione soggettiva della “temerarietà”, ossia l'elemento del dolo o della colpa grave, alla stessa stregua della misura sanzionatoria di portata generale ex art. 96, comma terzo, cod. proc. civ., pena altrimenti l'incompatibilità con l'art. 24 Cost.⁴⁵⁷

Non andrebbe dimenticata, inoltre, la destinazione pubblicistica della somma ulteriore alla quale viene condannata la parte integralmente soccombente nel giudizio di impugnazione, come emerge dalla stessa lettera della norma che

⁴⁵⁶ Così Cass., 14.03.2014, n. 5955, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 17 marzo.

⁴⁵⁷ V. *supra*.

prevede che il pagamento debba essere fatto “a titolo di contributo unificato” e così come ha evidenziato anche la Consulta che ha parlato di un “parziale ristoro” dei costi del processo.

Una chiara vocazione “antiabusivista” potrebbe ritenersi emergere, invece, dalla disciplina della media-conciliazione, introdotta con d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nella quale sarebbero individuabili alcune misure che presentano i caratteri propri delle sanzioni per delle condotte stragiudiziali che, pur non integrando gli estremi di veri e propri “illeciti processuali”, appaiono meritevoli di essere censurate da parte del giudice all’interno di un processo.

Sin dalla relazione illustrativa della disciplina testé indicata si afferma che la condizione di procedibilità della mediazione realizza l’equilibrio necessario tra il principio costituzionale del diritto all’azione previsto dall’art. 24 Cost. e il doveroso *«contenimento dell’abuso del diritto alla tutela giurisdizionale più volte richiesto dalla Corte Costituzionale»*.

Tale contenimento è garantito da un apparato sanzionatorio che ha come scopo principale quello di incentivare per un verso la partecipazione alla mediazione e che adopera strumenti di coazione indiretta per disincentivare per altro verso il ricorso al giudice.

Risulta così convalidato il ricorso alle *«tecniche di c.d. overdeterrence le quali sono ormai penetrate nello strumentario dell’analista delle inefficienze del processo civile che si fondano sull’intuizione secondo la quale — anziché ostacolare tout court l’ingresso nel circuito giudiziario — sia piuttosto l’innalzamento del livello di rischio per una parte dell’intrapresa giudiziaria ciò che può contribuire a restituire dimensioni accettabili al fenomeno giudiziale*

*riducendone immediatamente il bisogno per via dell'aumento di composizioni stragiudiziali»*⁴⁵⁸.

Il suddetto innalzamento del “livello di rischio” dei processi sarebbe stato realizzato attraverso tecniche di “overdeterrence” che consentono la stigmatizzazione di alcune condotte pre-processuali suscettibili di dar vita ad un abuso dello strumento processuale, ma che in sé e per sé presentano un connotato neutro e che non sarebbero, pertanto, suscettibili di essere altrimenti sanzionate.

Tra tali condotte va annoverata quella della mancata adesione alla proposta conciliativa, il contenuto della quale sia poi stato trasfuso nel provvedimento che definisce il giudizio, che viene “sanzionata” attraverso l’esclusione della ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al rimborso della spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (art. 13, comma 1, d. lgs. 28/2010)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Così F. AULETTA, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. Cost.*, 4, 2016, 1554, che aggiunge che «È quest'idea, in pratica, alla base di numerose iniziative normative, nelle quali al potere di tutela civile del singolo viene confidata la capacità di produrre negativi effetti additivi (non simmetrici rispetto alla pretesa fatta valere e all'oggetto del giudizio), viceversa scongiurabili con la più accentuata ricerca di soluzioni negoziate».

⁴⁵⁹ L'art. 13, comma 1, come sostituito dall'art. 84, co. 1, lett. n), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, così recita: «Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la

In realtà, già l'art. 91 cod. proc. civ., dopo aver sancito la regola generale secondo cui la parte soccombente è condannata al pagamento delle spese di lite, prevede che il giudice *«se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta»*⁴⁶⁰.

Destinataria del provvedimento di condanna al rimborso delle spese processuali, previsto in entrambe le suindicate norme, è necessariamente la parte vittoriosa in giudizio ovvero, e più precisamente, la parte che abbia proposto una domanda (attore in via principale o convenuto in via riconvenzionale) accolta, dopo l'ingiustificato rifiuto di una proposta conciliativa, in misura non superiore a quanto oggetto della offerta conciliativa; se invece la proposta di composizione della lite viene rifiutata dalla parte risultata soccombente, quest'ultima sarà obbligata al rimborso delle spese in ossequio al generale criterio della soccombenza, ex art. 91 cod. proc. civ.

Si configurerebbe pertanto una peculiare ipotesi di condanna alla refusione delle spese pronunciata in danno della parte vittoriosa, che si aggiunge a quella già prevista dall'art. 92, comma 1, cod. proc. civ. in caso di trasgressione al dovere di

condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.»

⁴⁶⁰ Si tratta di un'integrazione della disposizione operata dalla legge 18.6.2009, n. 69, con la quale è stata, quindi, introdotta una nuova deroga alla regola generale della regolazione delle spese processuali in base alla soccombenza.

lealtà e probità⁴⁶¹: una fattispecie eccezionale (in quanto derogatoria al basilare principio della soccombenza, cui è informato il regolamento delle spese) e quindi una norma da interpretare in maniera rigorosa e non estensiva.

Tuttavia, mentre il fondamento giustificativo della condanna ex art. 92, comma 1, cod. proc. civ. risulterebbe essere quello sanzionatorio, in quanto l'oggetto della condanna comprende anche le spese non ripetibili, il fondamento della condanna ex art. 91 cod. proc. civ. o ex art. 13, comma 1, d.lgs. 28/2010 non sembrerebbe poter essere individuato nel fenomeno della responsabilità processuale, in quanto appare difficile ravvisare integrato un illecito processuale con il mero rifiuto di una proposta conciliativa⁴⁶².

Non sarebbe il fine sanzionatorio a legittimare un provvedimento di regolazione delle spese processuali di tal genere, ma è l'applicazione del "principio di causalità": la parte che con il suo contegno immotivamente non conciliante ha

⁴⁶¹ L'art. 92 cod. proc. civ. prevede, infatti, che il giudice, nel pronunciare la condanna alle spese ex art. 91 cod. proc. civ., oltre a poter escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue, può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte.

⁴⁶² Non può dirsi sussistente alcun obbligo in capo alle parti di accettare i termini della proposta conciliativa, ma solo l'obbligo di prendere in esame con attenzione e diligenza la proposta del giudice, e di fare quanto in loro potere per aprire e intraprendere su di essa un dialogo, una discussione fruttuosa, e, in caso di non raggiunto accordo, di fare emergere a verbale dell'udienza di verifica, leali, le rispettive posizioni al riguardo. Da ciò la giurisprudenza di merito ne ha fatto conseguire che l'irragionevole e ingiustificato rifiuto sia della proposta conciliativa del giudice sia dell'invito a partecipare alla mediazione demandata può condurre a ritenere sussistente una responsabilità aggravata a carico della parte soccombente (cfr. Trib. Roma, sez. XIII, 29/05/2014, n. 14521, in *Guida al diritto*, 2014, 24, con nota di MARINARO).

impedito la definizione transattiva del processo e, dunque, ha determinato la sua prosecuzione e conclusione con la pronuncia del giudice, viene gravata delle spese afferenti alle attività processuali espletate successivamente alla formulazione della proposta⁴⁶³.

Da ciò deriverebbe l'esclusione di provvedimenti del genere dal novero delle sanzioni "private" processuali, così come l'ulteriore versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto previsto dalla disciplina sulla mediazione.

⁴⁶³ Il principio di causalità è stato applicato dalla dottrina al concetto di soccombenza a cominciare dal Chiovenda, che pure aveva concepito la *condemnatio* alle spese processuali come fondata esclusivamente sul fatto oggettivo della soccombenza. Il principio *de quo* è imperniato sul quesito se la parte avrebbe o meno potuto evitare la lite o se viceversa l'ha resa necessaria con il suo comportamento pre-processuale (CHIOVENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma, 1935, 264; F. CARNELUTTI, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 241; P. PAJARDI, *La responsabilità per le spese e per i danni*, Milano, 1959; A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, 245).

Senonché non è facile coordinare la regola della distribuzione delle spese processuali in base al dato oggettivo della soccombenza con il principio di causalità, per cui per ragioni di "opportunità pratica" parte della dottrina ritiene di non poter abbandonare l'interpretazione "indennitaria" dell'art. 91 cod. proc. civ., privandola di qualsivoglia connotazione penalistico-risarcitoria (v. MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto proc. civile*, cit., 422, nt. 16), adottando il principio di causalità solo come correttivo all'applicazione rigorosa della regola della soccombenza.

Secondo un'altra tesi, invece, «la condanna alla refusione delle spese è sempre e comunque indotta, in una connotazione di tipo *stricto sensu* sanzionatoria, dalla responsabilità conseguente alla mala gestio del processo, val dire, dall'irrituale adempimento del diritto soggettivo o delle facoltà processuali, o, addirittura, come inadempimento degli obblighi o dei doveri processuali, giusto il profondo portato dell'art. 88 cod. proc. civ.» (così F. CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*; in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265).

In tali casi, risulta, infatti, essere tutelato in via esclusiva l'interesse pubblicistico ad evitare un uso disfunzionale della risorsa "giustizia", anche quando tale "uso" non integra gli estremi di un vero e proprio illecito lesivo della sfera giuridica altrui e, come tale, meritevole di una qualche sanzione a vantaggio del privato.

Ed invero, solo nel caso in cui una parte sia costretta a difendersi da iniziative giudiziarie temerarie o resistenze temerarie a pretese giudiziali, anche quando ottiene la liquidazione delle spese giudiziali, subisce effettivamente un danno, soprattutto in termini economici per il di più che avrà riconosciuto al difensore.

Non si ravviserebbe, invece, un danno, neppure inteso in termini di mera lesione della propria sfera giuridica in capo alla parte soccombente in giudizio, per il solo fatto che la parte vittoriosa non abbia tempestivamente accettato una proposta conciliativa, il contenuto della quale è stata poi sostanzialmente trasfusa nel provvedimento che definisce il giudizio.

Ma il mezzo che più potrebbe avvicinarsi alla categoria delle sanzioni private è senz'altro rappresentato dalla sanzione pecuniaria prevista a carico di chi non ha partecipato al procedimento di mediazione "senza giustificato motivo", previsto dall'art. 8, comma 4 bis, del d.lgs. 28/2010⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Anche tale comma è stato inserito dall'art. 84, co. 1, lett. i), [D.L. 21 giugno 2013, n. 69](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 9 agosto 2013, n. 98](#); per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell'art. 84 del medesimo [D.L. n. 69/2013](#), in seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'intera disciplina sulla mediazione per eccesso di delega legislativa, nella parte in cui aveva previsto il carattere obbligatorio della mediazione (v. Corte Cost., sentenza 6 dicembre 2012, n. 272 in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1091 con nota di ROMBOLI).

Il legislatore del 2013 ha, infatti, sostanzialmente reintrodotto la disciplina sulla mediazione obbligatoria del 2010 a poco tempo di distanza dalla pronuncia della Consulta, pur apportando qualche novità. Sulla riforma del 2013 si veda M. A. LUPOI,

Tale sanzione va versata all'entrata del bilancio dello Stato ed è pari all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio.

La condotta tipizzata in tal caso, sia pur in termini generici, consiste nell'aver ostacolato la definizione in via conciliativa della controversia, avendo rifiutato di prendere parte alla mediazione "senza giustificato motivo". Da tale condotta il giudice, prima ancora di condannare al pagamento della sanzione pecuniaria, può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

Una disposizione affine si rinviene nella disciplina dettata in materia di negoziazione assistita obbligatoria dall'art. 3 del D.L. 132/2014⁴⁶⁵, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per alcune materie o tipi di controversie.

All'art. 4 del suddetto provvedimento legislativo, infatti, è previsto che la mancata risposta all'invito di negoziazione assistita entro trenta giorni dalla ricezione o il

Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1, 2016, 12.

⁴⁶⁵ Si tratta del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*" che va coordinato con la Legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162. Anche tale disciplina è stata ben presto sottoposta al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale che, con sentenza 7 luglio 2016, n. 162, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 3, d.l. n. 132/2014, perché l'istituto riflette un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di tutela del danneggiato e quella (di interesse generale) di contenimento del contenzioso anche in funzione degli obiettivi del giusto processo che il differimento dell'accesso alla giurisdizione intende perseguire, per quel che riguarda, in particolare, la ragionevole durata delle liti, che è oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse (cfr. A. TRINCHI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1, 268).

suo rifiuto *«può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile»*.

Appare evidente la connotazione sanzionatoria delle norme, in quanto il legislatore rimette all'apprezzamento discrezionale del giudice la qualificazione della condotta consistente nella mancata partecipazione alla mediazione o mancata adesione all'invito di negoziazione assistita tra quelle che possono considerarsi quantomeno scorrette sotto il profilo processuale, fino al punto di poter divenire fonte di responsabilità processuale aggravata, come emerge nitidamente dal richiamo che l'art. 4 della legge sulla negoziazione assistita fa all'art. 96 cod. proc. civ.

Tuttavia, anche tali ipotesi normative non potrebbero considerarsi integranti gli estremi di autentiche sanzioni private, in considerazione del dato che la partecipazione al procedimento di mediazione o di negoziazione assistita costituisce un obbligo previsto dalla legge in capo alle parti a tutela esclusiva dell'interesse superindividuale della deflazione del contenzioso giudiziario.

L'inadempimento dell'obbligo in questione potrà al più, unitamente ai presupposti oggettivi e soggettivi richiesti ex art. 96, comma terzo, cod. proc. civ., essere valutato come condotta prodromica all'abuso dello strumento processuale idoneo a ledere la sfera giuridica della controparte. Solo in tal caso, quindi, il giudice potrebbe porre a carico del soccombente (nella proposta e nel giudizio) una somma determinata equitativamente in misura corrispondente al contributo unificato. Quest'ultima somma, in quanto riconosciuta in favore dell'altra parte, perderebbe il significato di *“ammenda”* pubblicistica e verrebbe ad acquisire il carattere di pena privata come lo è, del resto, il pagamento delle spese a favore

della parte soccombente, eccezionalmente previsto dall'art. 92 cod. proc. civ. sopra richiamato⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Cfr. V. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corriere mer.*, 2011, 1.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa, Padova, 2005;
- ALBANESE, *Ilecito (storia)*, in *Enc. del diritto*, XXXII, Milano, 1970;
- ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956;
- ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, IV, Milano, 1999, 610;
- ALVINO I., *Sulla questione della risarcibilità dei cd. «danni punitivi» alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*, in *Argomenti dir. lav.*, 2016, 3, 573;
- AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5 bis dell'art. 3 L. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, 387 e ID., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori: finalmente un'astreinte*, in www.judicium.it;
- AMBROSETTI, *La sanzione come testimonianza di valore*, in *Arch. Giur.*, 1979, 3;
- ANDREOLI M., *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 331;
- ANSANELLI V., *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, 3, 1, Torino, 2007, 1;
- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983;
- ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 581;
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 928-935;
- ID. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;

- AULETTA F., *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, 1554;
- AULETTA F., *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. Cost.*, 4, 2016, 1554;
- AULETTA T., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978;
- AULETTA, *Multe giudiziali e valutazioni di danni futuri in materia di marchi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, 742;
- BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18.6.2009, n. 69)*, in *www.judicium.it. Il processo civile in Italia e in Europa*, par. 7;
- BARATTELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006;
- BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, *Riv. dir. civ.*, 1956, 901;
- BARBIERATO D., *La tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2009, 1412;
- ID., *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2009, 1176;
- BARBUTO M., *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Dir. ind.*, 2012, 154;
- BARRECA G. L., *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. di Merito*, 11, 2011, 2704;
- BARTOLINI F., *Le nuove depenalizzazioni e le sanzioni pecuniarie civili*, Piacenza, 2016;

- BELLINI E., *Risarcimento per danno all'integrità del mercato e all'immagine della Consob*, in *Danno e resp.*, 2007, 797;
- BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario*, Padova, 2012;
- BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008;
- BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 6, 2015, 679;
- BENATTI F., *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5, 862;
- BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, approfondimento del 24 maggio 2017, in *Giustiziacivile.com*;
- ID., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 263;
- ID., *I danni punitivi nel panorama attuale*, approfondimento del 24 maggio 2017, in *Giustiziacivile.com*;
- BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1955-1956;
- ID., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955;
- BIANCA C.M., *La responsabilità civile*, V, Milano, 1994;
- BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1962;
- BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977;
- BOCCHINI F.- QUADRI E., *Diritto privato*, VI ed., Torino, 2016;
- BONA, *Danno morale e danno esistenziale*, in *Il danno alla persona*, Torino, 2000;
- BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983;

- ID., *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992;
- BOVE M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2016, 1, 4;
- BOVINO e B.BIANCANIELLO, *Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti*, in *Corr. giur.*, 2017, 3, 397;
- BRASIELLO, *Pena (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1965, rist. 1985, 811;
- ID., voce *Delicta*, in *Nov. Dig. It.*, V, 1960, rist. 1981, 377 – 379;
- BRICOLA F., *Le «pene private» e il penalista*, in *Le pene private* (a cura di) F. D. BUSNELLI G. SCALFI, Milano, 1985;
- BROGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 479;
- BUSNELLI F. D. - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013;
- BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2009, 909;
- CALABRESI G., *Guido and Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089;
- CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 389;
- CAMPEIS G. - DE PAULI A., *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *NGCC*, 2002, 6, 10765;
- CANNATA, nel *Profilo istituzionale del processo privato*, Torino, 1982;

- CAPONI R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389;
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010;
- CARLEVARIS, *L'accertamento giudiziale dei requisiti per il riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, 71;
- CARNELUTTI F., *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 241;
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930;
- CARRATTA A., *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, Relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013), I parte, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 47 e II parte, *ibidem*, 491;
- CARRATTA, *La sentenza civile straniera fra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1147;
- CARUSO M. A., *Enforcement dei diritti della proprietà intellettuale e globalizzazione*, in *D. aut.*, 2008, 181;
- CASABURI, *Art. 709 ter cod. proc. civ.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, 10;
- CASSANO G., *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, cod. proc. civ. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, *Dir. famiglia*, 1, 2008, 498;
- CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007;
- CASTRONOVO *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443;

- ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni puntivi, danno cd. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008;
- ID., *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006;
- ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147;
- CATAUDELLA A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972;
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982;
- CENDON P., "Pena privata e diffamazione", in *Pol. Dir.*, 1979, 149;
- CENDON P., *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa, Atti del Convegno giuridico «Informazione, Diffamazione, Risarcimento»*, Milano, 1979, 189;
- CENDON P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. Dir.* 1979, 149;
- CENDON P., *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F. BUSNELLI D. - SCALFI G., Milano, 1985;
- CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1987, 298;
- CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, estratto 1939;
- CHIARLONI S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980;
- ID., *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis cod. proc. civ.*, *Libro dell'anno del Diritto 2012*, www.Treccani.it, 1;
- ID., *Misure coercitive a tutela dei diritti*, Milano, 1980;
- CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Industriale*, 2016, 4, 314;

- CHIOVENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma, 1935, 264;
- CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Milano, 1966;
- CICERO, *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. VIII, Torino, 2013, 488,
- CIVININI, *Il riconoscimento automatico*, in LUPOI-VULLO-CIVININI-PASQUALIS, *Giurisprudenza italiana. Efficacia di sentenze e atti stranieri*, Napoli, 2007;
- CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001;
- COMOGLIO L. P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319;
- COMPORTI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965;
- CONSOLO C. e BARONE S., *Postilla minima di messa a giorno, Punitive damages e ordine pubblico- punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio- deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. It.*, 2017, 6, 1358;
- CONSOLO C., *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1286 e ss. ora in *Id.*, *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, a cura di F. GODIO, Torino, 2015, 611;
- CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 575;
- CONSOLO, *Una buona “novella” al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 6, 2009, 740;
- CORDOPATRI F. (*L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 4, 874;
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249;

- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, e II, *Diritto positivo*, Padova, 2000;
- CORDOPATRI F., *Un principio in crisi: victus victori*; in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265;
- COSTANTINO, *Sull'esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Persona e comunità familiare*, Atti del Convegno di Salerno 5-7.11.1982, Napoli, 1985, 467-470;
- CUFFARO V., *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corriere mer.*, 2011;
- CUNEGATTI B., *Prime osservazioni sulla direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 "sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale": come dovrà cambiare il diritto d'autore in ambito nazionale*, in *D. aut.*, 2006, 169;
- D'ADDA A., *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *NGCC*, 2013, 7-8, 407;
- S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, a cura di NICOTRA e SALANITRO, Torino, 2008, 176;
- D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007;
- D'ALESSANDRO, *Pronunce di americane di condanna al pagamento dei punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 3, 399;
- D'ANGELO, *L'art. 709 ter cod. proc. civ. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale alla solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008;
- D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter cod. proc. civ.*, in *Famiglia*, 2006, I, 1047;
- DANONI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter cod. proc. civ.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 603;

- DE CRISTOFARO M., *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali, ne Il giusto processo*, 2009, 993;
- DE CUPIS A., *Il danno*³, I, Milano, 1979;
- DE CUPIS A., *Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1970, I, 95;
- ID., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, 319;
- DE LUCA- FERRANTE M., *La responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 7-9 L. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 4, 740;
- DE MENECH C., *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016;
- DE STEFANO G., *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 582;
- DELLA BELLA A., *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014;
- DENISE A., *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis cod. proc. civ. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 781;
- DI MAJO A., GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 69;
- DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2008, 289;
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003;
- DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1854;

- DONDI A. - GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 193;
- DONDI A., *L'astreinte endoproceduale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 532;
- DONISI C., *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 686;
- DRAGOTTI G., *L'attuazione delle direttive "enforcement"*, in *R. d. ind.*, 2006, II, 21;
- FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1964, 1054;
- FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, rist., Roma, 1976;
- FIANDACA G.– MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2002;
- FIENGO G., *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.*, in *Corr. giur.*, 2016, 120;
- FINOCCHIARO A., in FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1988, 518;
- FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, I, in *Comm. Scialoja- Branca, sub artt. 79-83*, Bologna-Roma, 1971, 140;
- ID., *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 62;
- FOFFA R., *Il caso "Vieri": quanto vale la lesione della privacy*, in *Danno e resp.*, 2013, 51;
- FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991;
- FRADEANI F., *La "lite temeraria attenuata" dell'art. 96, comma terzo, cod. proc. civ.: prime applicazioni*, 2010, in www.treccani.it, par.6;
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, II ed., Milano, 2010;

- FRANZONI M., *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*, in *Danno e resp.*, 7, 2015, 713;
- FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709- ter cod. proc. civ.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35;
- G. BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enc Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991;
- GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 901;
- GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, 1984, 913;
- GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del cod. civ.*, I, 1976, sub artt. 36-38;
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996;
- GHIRGA M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004;
- GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970;
- GOLA Z. - BERALDO A., *Il raddoppio del contributo unificato: disciplina e criticità*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, 4, 1732;
- GORASSINI A., *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Resp. civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORTI e G. SCALFI, Milano, 1988;
- GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955;
- GRANELLI C., *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2014, 1760;
- GRASSO E., *Note sui danni da illecito processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 270;
- GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967;
- GRAZIOSI A., *I profili processuali della legge n. 54 del 2006 sul cd. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2006, 1884;

- GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, 245;
- GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001;
- HANS Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad.it. di Cotta-Treves, Milano, 1954, 50;
- JAEGER, *I provvedimenti in materia di privative industriali nel sistema del nuovo processo civile*, in *Giur. it.*, 1944, IV, 71;
- LA ROSA E., *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art.709 ter cod. proc. civ. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Famiglia e dir.*, 2008;
- LUCCHINI E., GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474;
- LUISO, *Esecuzione forzata in forma specifica*, in *EG*, XIII, Roma, 1989, 4;
- ID., *La giustizia sportiva*, Milano, 1975;
- ID., voce *Esecuzione forzata. II) Esecuzione forza in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 4;
- LUNGHINI G., *L'agiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. soc.*, 2007, 493;
- LUPOI, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2016, 12;
- LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, 1101;
- LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934;
- MACCABRUNI, *Insider trading e analisi economica del diritto*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 598 ;

- MALAGÙ, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986;
- MANDRIOLI C.- CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2015; IIDD., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009;
- MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 555;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011;
- MARCHESELLI A., *Contributo unificato «diseguale» e giurisdizione tributaria «asimmetrica»*, in *Corr. trib.*, 2016, 2770;
- MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984;
- ID., voce *Clausola penale*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988;
- ID., voce *Clausola penale*, in *Nss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351;
- MASIERI C., *Responsabilità da illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili: nuova forma di tutela (minorata) delle situazioni di appartenenza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6, 2016, 2048;
- MAZZAMUTO S., *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2016, 11;
- MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e dir. priv.*, *passim*;
- MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;
- MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger e Busnelli*, Milano, 1999, 234;
- MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, in *Tratt. Bonilini- Cattaneo*, I, Torino, 2007;
- MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 569;

- MINNECI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *DFP*, 1995, 770-788;
- MONATERI P.G.– ARNONE G.M.D.– CALCAGNO N., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014;
- MONATERI P.G., *Il futuro della responsabilità per danni all'ambiente in Italia*, in POZZO B. (a cura di), *La responsabilità ambientale*, Milano, 2005;
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998;
- MONATERI, BONA, OLIVA, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999;
- MORANI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti civili relativi alla persona del minore*, in *DFP*, 1998, 1158;
- MOSCATI E., voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 782;
- MOSCONI F.– CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2015;
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996;
- NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *RCP*, 2001, 792;
- NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998;
- NICOTINA G., *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005;
- NIVARRA L., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali*, Milano 2005;
- PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, in “*Le pene private*”, a cura di BUSNELLI-SCALFI, Milano, 1985;
- PAJARDI P., *La responsabilità per le spese e per i danni*, Milano, 1959;
- PALADIN, voce *Ordine pubblico*, nel *Noviss. Dig. it.*, XII, Utet, 1965, 130;

- PALADINI M., *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 8, 853;
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 1720;
- PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23;
- PARDOLESI P. (a cura di), *Vorrei ma...sviluppi in tema di «disgorgement»*, in *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011;
- ID., voce *Disgorgement*, *Enc. giur.*, (Sezione Aggiornamenti), XIV, Roma, 2006,1;
- ID., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005;
- ID., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il «disgorgement»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717;
- ID., *Abusivo sfruttamento dell'immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2,1, 542;
- ID., in *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012;
- ID., in *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter cod. proc. civ. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 409;
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016;
- PATTI S., *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979;
- ID., *Pena privata*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1995, 349;
- ID., *Il danno biologico, quello morale e quello esistenziale: voci descrittive o ontologicamente autonome*, in *Atti del Convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, "Risarcimento del danno e tecniche di liquidazione*

nel giudizio civile e nel giudizio amministrativo” Roma, TAR del Lazio 11-12 ottobre 2016;

- PEDRAZZI G., *Oltre il risarcimento: il danno aquiliano tra (integrale) riparazione e sanzione*, in P.G. MONATERI, A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”. Incentivi, premi, sanzioni. XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato*, Ferrara 10-12 maggio 2007;
- PENTA A., *Il danno morale*, in *Danno e resp.*, 2017, 1, 115;
- PENTA A., in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile* (a cura di M. SANTISE), 2016, II Edizione, Torino, 783;
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015;
- PERLINGIERI P., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile, in il giusto processo civile*, 2011;
- PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*, in *Resp. civ.*, 2013, 225;
- PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *Memorie Acc. Bologna*, 1915-16; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, in BONFANTE-CRIFO’ (a cura di), *Opere complete di P. Bonfante*, Milano, 1959;
- PILLONI M., *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell’astreinte con l’ordine pubblico interno*, in *Int’l Lis*, 2016, 1, 16;
- PINORI A., CORRADI E., *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 41;

- PINORI A., *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144;
- PONZANELLI G., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *NGCC*, 2006, II, 297;
- PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in A. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;
- ID., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impresa*, 6/2015, 1195;
- ID., *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 27;
- ID., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir.civ.*, 1983, I, 436;
- ID., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite- Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827;
- ID., voce *Pena Privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1;
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 va in paradiso*, in *Danno e Resp.*, 2003, 834;
- PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1975, 620;
- ID., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 222;
- QUADRI E., *Interessi legali e "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Corr. Giur.*, 2009, 997;

- QUADRI E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, 525;
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013;
- QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e resp.*, 2015, 5;
- ID., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1166;
- RESCIGNO P. (voce *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979;
- RESCIGNO P., *La giustizia interna nelle associazioni private*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966;
- RODOTA 'S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;
- ROMANO M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175;
- ROPPO V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 9, 20288;
- RORDORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 818;
- ROSSETTI, *Il danno esistenziale tra l'art. 2043 e l'art. 2059*, in *RCP*, 2001, 809
- RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952;
- SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959;
- SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in MAUGERI-ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, 381;
- SALVI C., *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985;
- ID., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, 128;

- ID., *Il danno extracontrattuale*, 1985;
- ID., *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, II, 2014, 517;
- SANTISE M., *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 12, 1267;
- SASSANI E TISCINI, *Prime osservazioni sulla l. 18.6.2009, n. 69*, in *www.judicium.it. Il processo civile in Italia e in Europa*, par. 12;
- SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 2, 250;
- SCARSELLI G., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, 91;
- SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 258;
- SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazioneDirittocivile.it, Marzo 2017;
- SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909;
- ID., *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 1° agosto 2017;
- ID., *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustiziacivile.com*, 2017;
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010;
- ID., voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968;
- ID., voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 1962, 164;

- ID., voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, 1969, 4;
- ID., *Danno morale*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 149;
- SERANI, *Il caso "Vieri" e il danno non patrimoniale da lesione della privacy del calciatore*, in *Riv. it. med. lega.*, 2013, 1072;
- SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2017, 3, 289;
- SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003;
- SILVESTRI E., *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 539;
- SIRENA P., *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, Id., *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999;
- SIRENA P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 532;
- SIRENA P., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 10065;
- SMORTO G., *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 193;
- SPINA G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2016, 3, 21;
- STARCK, ROLAND E BOYER, in *Obligations, Régime général*, Litec, 1997, 237;
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in Aa.Vv. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998;
- TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2012, 128;
- TAVORMINA, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. mercato, concorrenza e deterrence*, in *Contratto e Impr.*, 2009, 4-5, 972;

- THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, I, trad.it. con annotazioni di A. Levi, Padova, 1951;
- TOGLIATTO M., *Note a prima lettura sul Decreto di recepimento della Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2006, 594;
- TRIMARCHI M., *La clausola penale*, Milano, 1954;
- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962;
- ID., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994;
- ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017;
- ID., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;
- ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967;
- TRINCHI A., *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1, 268;
- TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1262;
- VACCARELLA, *Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *GI*, 1982, I, 2, 301;
- VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015;
- VASSALLI, *La mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938;
- VENTURINI, *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, F. D. BUSNELLI- G. SCALFI (a cura di), Milano, 1985;
- VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015;

- VIGO, *Riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato mobiliare*, in Aa.Vv., *I danni: verso quali prospettive*, Torino, 2008, 53;
- VILLA A., *Il giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 187;
- VILLA G., *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 441;
- VINCRE S., *Le misure coercitive ex art. 614 bis cod. proc. civ. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 2, 368;
- VIOTTI G., «Danno all'integrità del mercato», in *Dir. comm. internaz.*, 4, 2010, 891;
- VOCI, in *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939;
- VULLO E., *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, 924;
- ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages di common law»*, in *Giur. It.*, 1985, IV;
- ZINGALES (Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter cod. proc. civ.), in *Il diritto di famiglia*, 2009, 404;
- ZIVIZ P., *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 815;
- ID., *I danni non patrimoniali*, in CENDON P. (a cura di), *Il Diritto Italiano nella Giurisprudenza*, Torino, 2012;
- ID., *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999;
- ID., *Lite temeraria e danni punitivi*, 2011, www.personaedanno.it;
- ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991;

- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2014, 389.